

Geldentschädigung
für die Beeinträchtigung
„vermögenskonsumtiver Interessen“?

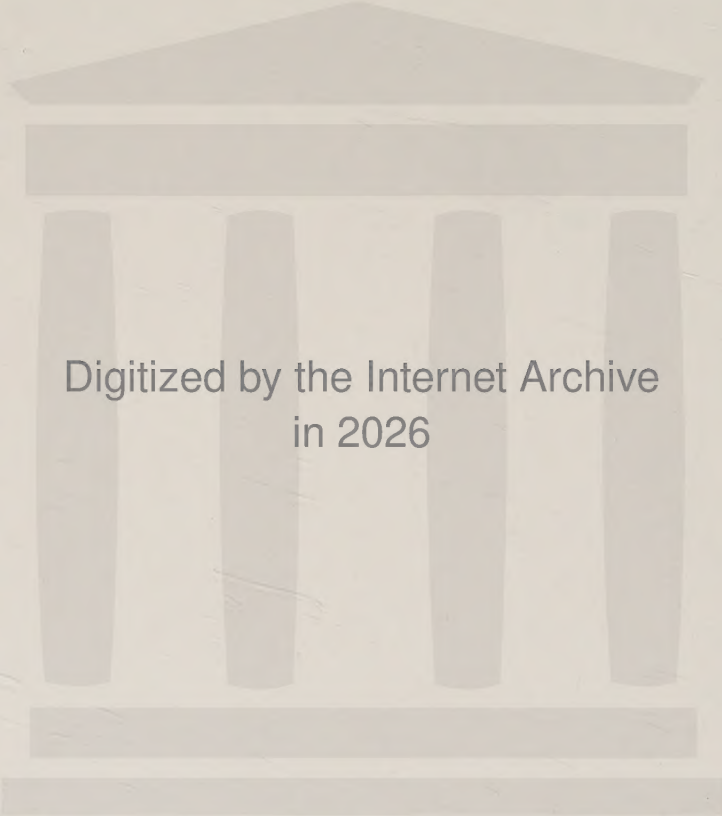
von
Wolfgang Schaffert
aus Nürnberg

1984

Diss. Erlangen

1984 # 155





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546208_0005

Geldentschädigung
für die Beeinträchtigung
„vermögenskonsumtiver Interessen“?

Inaugural - Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen - Nürnberg

vorgelegt von
Wolfgang Schaffert
aus Nürnberg

Referent: Prof. Dr. Johannes Herrmann

Amtierender Dekan: Prof. Dr. Max Völlkommer

Tag der mündlichen Doktorprüfung: 02.03.1984

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	XI
A) Problemstellung	1
B) Die Differenzhypothese sowie die §§ 249 ff. BGB als Ausgangspunkt	4
C) Die Ansätze in der Literatur zur Begründung eines Anspruchs auf eine Geldentschädigung	9
I.) Die Bedarfslehre (Zeuner) sowie die Herleitung eines Anspruchs aus § 249 S. 2 BGB	9
1.) Darstellung der Auffassungen	9
a) Die Bedarfslehre (Zeuner)	9
b) § 249 S. 2 BGB als Grundlage des Anspruchs	13
2.) Dogmatische Bedenken	13
3.) Tragfähigkeit der verwendeten Bil- ligkeitsargumente	22
II.) Der Funktionsschadensbegriff (Mertens)	25
1.) Darstellung der Lehre	25
2.) Kritik	32
III.) Die Lehre vom objektiven Mindest- schaden	36
1.) Darstellung der Lehre	36
2.) Kritik	40
IV.) Der Frustrierungsgedanke	46
1.) Überblick	46
2.) Die Auffassung v. Tuhrs	47
3.) Neuere Ansätze zur Überwindung der fehlenden Kausalität	48
4.) Das Abstellen auf den Verlust des Äquivalents	52
5.) Schwierigkeiten bei der Anwendung des Frustrierungsgedankens	56
6.) Unvereinbarkeit mit grundlegenden Wertungen des Schadensrechts	63
7.) Der Entwurf eines § 253 a n.F. BGB	64

	Seite
V.) Der Kommerzialisierungsgedanke	66
1.) Überblick	66
2.) Die Auffassung Grunskys	67
3.) Kritik	72
4.) Berechtigter Kern der Kommerzialisierungslehre	75
5.) Das Kriterium der Fungibilität der verletzten Position	79
VI.) Neuere Auffassungen	82
1.) Tolk	82
2.) Schulte	83
3.) Ströfer	93
4.) Brinker	102
D) Die Rechtsprechung	111
I.) Die Entscheidungen zu Beginn des Jahrhunderts	111
1.) OLG Dresden Sächs. Ann. 24, 527	111
2.) OLG Colmar Recht 07, Nr. 3058	113
3.) RG SeuffA 63 Nr. 37	114
II.) Die neuere Rechtsprechung	115
1.) Die Rechtsprechung zur Nutzungsausfallentschädigung bei Kraftfahrzeugen	115
a) Die Zeit bis 1960	115
b) AG München DAR 60, 288	116
c) OLG München NJW 62, 2205	117
d) BGHZ 40, 345	117
e) OLG Saarbrücken DAR 65, 299; OLG Stuttgart VersR 67, 1207; OLG Nürnberg DAR 69, 300	123
f) BGHZ 45, 212	124
g) BGH NJW 67, 552	132
h) BGH NJW 68, 1778	133
i) BGH NJW 70, 1120	134
j) BGHZ 56, 214	135
k) BGH NJW 74, 33; BGH NJW 75, 922	137
l) BGHZ 63, 203; BGHZ 65, 170	137
m) BGH NJW 76, 286	140

	Seite
n) BGHZ 66, 239	141
o) BGHZ 70, 199	142
p) BGHZ 85, 11	144
2.) Die anfängliche Gewährung von Nutzungsausfallentschädigungen bei anderen Sachen als Kraft- fahrzeugen	147
a) AG Iserlohn VersR 65, 1212	147
b) KG NJW 67, 1233	148
c) BGH NJW 67, 1803	149
d) OLG Oldenburg VersR 69, 527	150
e) LG Kiel SchlHA 73, 33	150
f) OLG Köln NJW 74, 560	152
3.) Die nunmehrige Versagung einer Nutzungsausfallentschädigung bei anderen Sachen als Kraftfahrzeugen	152
a) BGHZ 55, 146	153
b) KG NJW 72, 1427	155
c) OLG Düsseldorf NJW 73, 659	156
d) BGHZ 63, 393	157
e) BGHZ 66, 277	159
f) BGHZ 71, 234	171
g) LG München I VersR 79, 384	176
h) BGHZ 75, 366	179
i) LG Berlin VersR 80, 830	182
j) BGHZ 76, 179	182
k) OLG Düsseldorf MDR 81, 495	187
4.) Zusammenfassende Stellungnahme	188
E) Eigener Ansatz	193
I.) Nichtberücksichtigung des Zeit- faktors durch die Differenzhypo- these	194
II.) Versuch einer den Zeitfaktor mit berücksichtigenden Lösung	202
1.) Der Wortlaut des § 249 S. 1 BGB	202
2.) Die Geldentschädigung für den Verlust von Gebrauchs- und Ge- nußpositionen als eine Frage der Zurechnung	207

	Seite
3.) Das Nebeneinander der Nutzungsfunktion und der Kapitalanlagefunktion	218
4.) Keine Nutzungsausfallentschädigung bei gewerblich genutzten Sachen	219
5.) Keine Ersatzpflicht bei personenbezogenem Eingriff	220
6.) Fühlbarkeit der Beeinträchtigung	221
III.) Zusammenfassung	223

Literaturverzeichnis

- Alternativ-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neuwied und Darmstadt 1979 ff. (zit.: AlternK-Bearbeiter).
- Askenasy, Robert: Über den immateriellen Schaden nach dem BGB, Gruch 70, 373.
- Bader, Hans: Neuwagen statt Reparatur - Keine Nutzungsentschädigung?, DAR 79, 15.
- Baur, Fritz: Einige Bemerkungen zum Schadensausgleichsrecht, Festschrift für Ludwig Raiser, Tübingen 1974, S. 119 (zit.: Baur FS Raiser).
- Böhmer, Emil: Immaterieller Schaden ist kein Vermögensschaden, MDR 64, 453.
- Bötticher, Eduard: Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile, VersR 66, 301.
- Braschos, Franz-Joseph: Der Ersatz immaterieller Schäden im Vertragsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1978.
- Brinker, Jürgen: Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz, Berlin 1982.
- Bydlinski, Franz: Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, Stuttgart 1964.
- v. Caemmerer, Ernst: Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, Karlsruhe 1962.
- Detlefsen, Peter: Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile, Karlsruhe 1969.
- Deutsch, Erwin: Haftungsrecht, 1. Band: Allgemeine Lehren, Köln, Berlin, Bonn, München 1976.
- Diederichsen, Uwe: Argumentationsstrukturen in der Rechtsprechung zum Schadensersatzrecht, Festschrift Klingmüller, Karlsruhe 1974, S. 65 (zit.: Diederichsen FS Klingmüller).
- Ellrich, Holger H.: Der Herstellungsanspruch in Geld bei Urlaubs- und Veranstaltungserlebnisschäden, Diss. Gießen 1972.

Esser, Josef: Schuldrecht, Band 1, 4. Auflage, Karlsruhe 1970 (zit.: Esser SchR I).

Esser, Josef / Schmidt, Eike: Schuldrecht, Band I Allgemeiner Teil, Teilband 2, 5. Auflage, Karlsruhe 1976 (zit.: Esser/Schmidt).

Frössler, Werner: Kfz-Nutzungsausfall auch bei unfallbedingter Vereitelung der Nutzungsmöglichkeit, NJW 72, 1795.

Grunsky, Wolfgang: Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens, Berlin 1968.

Hamann, Rudolf: Nutzungsentschädigung trotz Arbeitsunfähigkeit, NJW 70, 889.

Hansen, Wilhelm Matthias: Normativer Schadensbegriff und Schadensberechnung, Karlsruhe 1977.

- Entzug von Gebrauchsvorteilen als Vermögensschaden, VersR 77, 510.
- Entzug von Gebrauchsvorteilen als Vermögensschaden, MDR 80, 892.

Hermann, Michael: Der Schadensersatz für die entgangene Nutzung des Kraftfahrzeugs, Diss. Bochum 1974.

Hohloch, Gerhard: Gutachten "Allgemeines Schadensrecht. Empfiehlt sich eine Neufassung der gesetzlichen Regelung des Schadensrechts (§§ 249 - 255 BGB)?", herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, Band I (1981), S. 375 ff. (zit.: Hohloch, Gutachten).

Hommelhoff, P.: Anmerkung zu BGHZ 76, 179; JR 81, 17.

Honsell, Heinrich: Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht, JuS 73, 69.

Jakobs, Horst Heinrich und Werner Schubert: Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Recht der Schuldverhältnisse I: §§ 241 bis 432. Berlin, New York 1978 (zit.: Jakobs/Schubert).

v. Jhering, Rudolph: Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn, JherJb 18, 1.

Jung, Eckhard: Tendenz im Schadensersatzrecht:
Fiktive Nutzungsentschädigung, DAR 82, 2.

Keuk, Brigitte: Vermögensschaden und Interesse,
Bonn 1972.

Köndgen, Johannes: Ökonomische Aspekte des Schadens-
problems, Bemerkungen zur Kommerzialisierungs-
methode des Bundesgerichtshofs, AcP 177, 1.

Kötz, Hein: Sozialer Wandel im Unfallrecht, Karls-
ruhe 1976.

Kohler, Josef: Das Ideale im Recht, ArchBR 5, 161.
- Das Obligationsinteresse, ArchBR 12, 1.

Küppers, Karsten: Verdorbene Genüsse und vereitelte
Aufwendungen im Schadensersatzrecht, Karlsruhe
1976.

- Zauberformel Frustrationslehre, VersR 76, 604.

Landwehrmann, Friedrich: Zeit ist Geld? Probleme
des Schadensersatzes für Freizeitbeeinträchtigung,
Diss. Münster 1971.

Lange, Hermann: Schadensersatz, Tübingen 1979.

- Zum Problem der überholenden Kausalität, AcP
152, 153.

Larenz, Karl: Allgemeiner Teil des deutschen
Bürgerlichen Rechts, 5. Auflage, München 1980
(zit.: Larenz AT).

- Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1 Allgemeiner
Teil, 13. Auflage, München 1982 (zit.: Larenz
SchR I).

- Zur Abgrenzung des Vermögensschadens vom
ideellen Schaden, VersR 63, 312.

- Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht,
Festschrift Nipperdey Band I, München 1965,
S. 489 (zit.: Larenz FS Nipperdey).

- Nutzlos gewordene Aufwendungen als erstattungs-
fähige Schäden, Festgabe Oftinger, Zürich 1969,
S. 151 (zit.: Larenz FG Oftinger).

Lemhöfer, Bernt: Die überholende Kausalität und
das Gesetz, JuS 66, 337.

Löwe, Walter: Schadensersatz bei Nutzungsentgang von Kraftfahrzeugen?, VersR 63, 307.

- Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbständiger Vermögenswert?, NJW 64, 701.

Medicus, Dieter: Bürgerliches Recht, 10. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1981 (zit.: Medicus BR).

- Schadensersatz und Billigkeit, VersR 81, 593.

- Gründe und Grenzen des Ersatzes, "fiktiver Schäden", DAR 82, 352.

Meincke, Jens Peter: Kann § 848 BGB gestrichen werden?, JZ 80, 677.

Mertens, Hans-Joachim: Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart 1967.

Mommson, Friedrich: Zur Lehre vom Interesse, Braunschweig 1855.

Münchener Kommentar zum BGB, München 1978 ff. (zit.: MUKo-Bearbeiter).

Mugdan, B.: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899 (zit.: Mugdan II).

Niederländer, Hubert: Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen, AcP 153, 41.

Neuner, Robert: Interesse und Vermögensschaden, AcP 133, 277.

Nüssgens, Karl: Im Spannungsfeld zwischen Erweiterung und Begrenzung der Haftung, in: 25 Jahre Bundesgerichtshof, München 1975, S. 93 (zit.: Nüssgens, 25 Jahre BGH).

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 42. Auflage, München 1983 (zit.: Palandt-Bearbeiter).

Rabel, Ernst: Das Recht des Warenkaufs, 1. Band, Berlin und Leipzig 1936.

Schacht, Jürgen: Die Rechtsprechung zum Schadensersatzanspruch wegen entgangener Nutzungsmöglichkeiten, NJW 81, 1350.

Schiemann, Gottfried: Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, München 1981.

Schmidt, Eike: Grundlagen des Haftungs- und Schadensrecht, in: Athenäum Zivilrecht 1, Frankfurt a. M. 1972 (zit.: E. Schmidt, Athenäum).

- Nutzungsentgang und äquivalentlose Aufwendungen - BGHZ 71, 234, JuS 80, 636.

Schmidt-Salzer, Joachim: Der Anspruch auf Zahlung eines Nutzungsentgelts wegen entgangener Gebrauchsvorteile, BB 70, 55.

Schulte, Werner: Schadensersatz in Geld für Entbehrungen, Berlin 1978.

Soergel/Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 10. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967 ff. (zit.: Soergel-Siebert-Bearbeiter).

Staudinger: Kommentar zum BGB, 12. Auflage, Berlin 1978 ff. (zit.: Staudinger-Bearbeiter).

Steindorff, Ernst: Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158, 431.

Stoll, Hans: Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immaterielle Schäden? Gutachten für den 45. DJT, München 1964 (zit.: Stoll, Gutachten).

- Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, Karlsruhe 1973 (zit.: Stoll).

- Abstrakte Nutzungsentschädigung bei Beschädigung eines Kraftfahrzeuges? - BGHZ 45, 212; JuS 68, 504.

- Anmerkung zu BGH JZ 71, 591; JZ 71, 593.

- Anmerkung zu BGH JZ 76, 278; JZ 76, 281.

- Anmerkung zu BGH JZ 78, 586; JZ 78, 797.

Ströfer, Joachim: Schadensersatz und Kommerzialisierung, Berlin 1982.

- Reform des immateriellen Schadensersatzes nach dem BGB?, JZ 82, 663.

Tolk, Martin: Der Frustrierungsgedanke und die Kommerzialisierung immaterieller Schäden, Berlin 1977.

v. Tuhr, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Band, Leipzig 1910 (zit.: v. Tuhr, AT, I).

- Buchbesprechung (Fischer H.A., Der Schaden nach dem BGB, Jena 1903), KritVJSchr 47, 63.

Werber, Manfred: Nutzungsausfall und persönliche Nutzungsbereitschaft, AcP 173, 158.

Weyers, Hans-Leo: Der Begriff des Vermögensschadens im deutschen Recht, in: Der Begriff des Vermögensschadens im deutschen und italienischen Recht, Hefte der Vereinigung für den Gedankenaustausch zwischen deutschen und italienischen Juristen Heft 8/9, Karlsruhe 1973, S. 37 (zit.: Weyers, Begriff).

Wiese, Günther: Der Ersatz des immateriellen Schadens, Tübingen 1964.

Wilburg, Walter: Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, JherJb 82, 51.

Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage, Frankfurt a. M. 1906 (zit.: Windscheid-Kipp).

Wolf, Ernst: Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil, Köln, Berlin, Bonn, München 1978 (zit.: Wolf, Schuldrecht).

- Grundfragen des Schadensbegriffs und der Methode der Schadenserkenntnis, Festschrift für Schiedermair, München 1976, 545 (zit.: Wolf FS Schiedermair).

Zeitz, Dietmar: Schadensersatz bei Nutzungsentgang an Gebrauchsgegenständen, Diss. Frankfurt a. M. 1978.

Zeuner, Albrecht: Zum Problem der Überholenden Kausalität, AcP 157, 441.

- Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, AcP 163, 380.
- Gedanken zum Schadensproblem, Gedächtnisschrift Dietz, München 1973, S. 99 (zit.: Zeuner GS Dietz).

Abkürzungsverzeichnis

Im Wesentlichen wird wie bei Palandt (vgl. dort Abkürzungsverzeichnis I und II) abgekürzt. In Abweichung davon sowie zusätzlich werden folgende Abkürzungen verwendet:

ArchBR	Archiv für Bürgerliches Recht
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
JherJb	Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts
l. Sp.	linke Spalte
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
r. Sp.	rechte Spalte
Sächs. Ann.	Annalen des Königlich Sächsischen Ober- landesgerichtes zu Dresden

A) Problemstellung

Seit mehr als 80 Jahren ¹ ist umstritten, ob der Verlust von Gebrauchsvorteilen ² sowie von mit Geld erkauften oder erkaufbaren Genüssen oder Annehmlichkeiten für den Fall, daß eine Naturalherstellung gemäß § 249 S. 1 BGB ³ ausscheidet, nach dem BGB für sich allein schon ⁴ einen in Geld zu ersetzenden Schaden darstellt. Die Problematik der angesprochenen Fälle ergibt sich daraus, daß das Schadensereignis dann zwar in die Vermögenssphäre des Geschädigten eingreift, aber weder zu einer konkreten Vermögensminderung noch zum Verlust konkreter Gewinne führt ⁵: Auch ohne das Schadensereignis wäre das Vermögensgut infolge des zwischenzeitlich erfolgten Konsums nicht mehr vorhanden.

Die Frage der Einordnung "vermögenskonsumtiver Interessen" war schon zu Ende des vergangenen

¹ Vgl. OLG Dresden Sächs. Ann. 24, 527 aus dem Jahre 1902 (dazu unten D I 1, S. 111 ff.).

² Diese können sich aus dem Eigentum oder aus einem dinglichen oder auch einem obligatorischen Gebrauchs- oder Nutzungsrecht ergeben.

³ Aus § 253 BGB geht hervor, daß auch wegen eines ideellen Schadens Naturalherstellung verlangt werden kann, soweit sie möglich ist und keine unverhältnismäßigen Aufwendungen erfordert (Larenz SchR I, § 28 III, S. 437).

⁴ D.h. wenn kein im Wege der Differenzrechnung (dazu unten B, S. 4 ff.) erfaßbarer Folgeschaden im Vermögen des Betroffenen - etwa entgener Gewinn (§ 252 BGB) - entstanden ist.

⁵ Stoll JuS 68, 504, 512, 1. Sp.

Jahrhunderts akut geworden, als man darum stritt, ob die Obligation ein vermögenswertes Interesse des Gläubigers zur Voraussetzung habe¹. Den Anhängern des "Dogma vom Vermögenswert der Leistung" ging es dabei nicht so sehr um die Ausscheidung immaterieller (Vertrags-) Interessen als vielmehr um die Freihaltung des Vertragsrechts von rechtsunverbindlichen Gefälligkeitszusagen². Insbesondere Kohler³ setzte sich - obwohl kein Anhänger dieses Dogmas⁴ - für die Anerkennung auch einer solchen Obligation als vermögensrechtlich ein, die dazu dient oder dienen kann, Vermögen in Genuß umzusetzen und eine im Vermögen enthaltene Genußpotenz auszulösen. Die Verfasser des BGB folgten in § 241 BGB bekanntlich der von Windscheid⁵ angeführten Auffassung, wonach für den Abschluß eines Vertrages ein vermögenswertes Interesse nicht erforderlich war. Wenn es in den Motiven dazu heißt, man müsse auf ein besonderes Obligationsinteresse verzichten, um den nicht abzuweisenden Anforderungen des modernen Verkehrs

¹ Nachweise zum damaligen Streitstand bei Ströfer S. 159 Fn. 167.

² Ströfer S. 159 f. unter Hinweis auf Kohler ArchBR 5, 161, 253: "Die langjährige Geltung einer solchen Ansicht läßt sich erklären aus dem Bestreben, einen Halt zu finden, wo man die rechtsverbindliche Obligation von den vielen unverbindlichen Versprechungen des Lebens abscheiden kann".

³ ArchBR 12, 1, 9.

⁴ Vgl. oben Fn. 2.

⁵ Vgl. Windscheid-Kipp, Band 2, S. 3 f., bei und in Fn. 3.

Rechnung zu tragen ¹, so war damit an die schon damals zunehmende Bedeutung solcher Verträge gedacht, die nicht der Vermögensproduktion, sondern "nur" der Konsumtion dienen ².

Mit dem Inkrafttreten des BGB war die Diskussion über das Obligationsinteresse beendet, ohne daß damit die Frage, nach dem Inhalt und Umfang des Vermögensbegriffs entschieden gewesen wäre ². Die im Hinblick auf die unterschiedliche Regelung in § 251 Abs. 1 BGB einerseits und in § 253 BGB andererseits wichtige Frage der Einordnung "vermögenskonsumtiver Interessen" schien zu denjenigen zu gehören, deren Beantwortung vom Gesetzgeber des BGB offengelassen worden war. Dementsprechend schwingt sowohl bei den Äußerungen zum Problem des Nutzungsausfalls in der Literatur ³ als auch in den Urteilen der Gerichte ⁴ vielfach die Vorstellung mit, daß es sich bei der Frage des Nutzungsausfalles um ein vom BGB selbst zumindest nicht hinreichend geregeltes Sonderproblem handelt. Demgegenüber sollen die Ausführungen unten zu E ⁵ zeigen, daß das BGB durchaus auch zur Frage des Nutzungsausfalls eine Aussage enthält, indem es in § 251 Abs. 1 BGB den Schädiger mit dem Risiko einer von selbst eintretenden, allein durch den Zeitablauf bedingten Wertminderung des Vermögensrechtes belastet.

¹ Mugdan Mot. II, S. 2.

² Küppers VersR 76, 604, 605, 1. Sp.

³ Dazu unten C, S. 9 ff.

⁴ Dazu unten D, S. 111 ff.

⁵ S. 193 ff.

B) Die Differenzhypothese sowie die §§ 249 ff. BGB als Ausgangspunkt

Nach der auf Friedrich Mommsen ¹ zurückreichenden Differenzhypothese ² ist das Vorliegen eines Schadens wie auch dessen Höhe zu ermitteln durch den Vergleich zweier Güterlagen: Gegenüberzustellen sind danach der durch das Schadensereignis (mit-)geschaffene, gegenwärtig ³ bestehende Zustand und derjenige, der sich ohne dieses Ereignis zum selben Zeitpunkt ergeben hätte.

Diese Differenzhypothese wird - bei aller Kritik ⁴ - nach wie vor zumindest als

¹ Mommsen S. 3: "Unter dem Interesse in seiner technischen Bedeutung verstehen wir nämlich die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde."

² Auch Differenztheorie, Differenzmethode genannt.

³ Verfahrensrechtlich ist von den Verhältnissen zur Zeit der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung auszugehen (BGHZ 10, 6, 10; 55, 331; Palandt-Heinrichs Vor § 249 Anm. 9). Dieser Zeitpunkt ist für die Schadensfeststellung aber nur von prozessualer Bedeutung: Über den Umfang der Ersatzpflicht ist auf Grund der in diesem Zeitpunkt bekannten Umstände zu entscheiden; nicht aber wird der Umfang der Ersatzpflicht durch diesen Zeitpunkt sachlich festgelegt (Keuk S. 101).

⁴ Vgl. die Zusammenstellung von Brinker S. 197 mwN in Fn. 70 - 78: Die Differenzhypothese müsse in der Bewertungsfrage auf die objektiven

Ausgangspunkt für die Schadensfeststellung anerkannt ¹. Die Frage, ob ein nachteiliger Zustand hervorgerufen worden ist, kann nur durch einen Vergleich beantwortet werden; darin steckt derjenige Kern der Differenzhypothese, der ernstlich nicht bestritten werden kann, wenn die Schadensberechnung nicht jeden Boden unter den Füßen verlieren soll ². Selbst entschiedene Gegner der Differenzhypothese ³ sind bereit, insoweit

Verhältnisse des Marktes rekurren und könne sich so nicht auf die individuellen Verhältnisse - wie etwa die strafrechtliche Lehre vom subjektiven Schadenseinschlag - einstellen; sie sei nicht in der Lage, die Probleme der Haftungsbegrenzungen z.B. mittels Zurechnungs- und Normzweckzusammenhang, der hypothetischen Kausalität, des rechtmäßigen Alternativverhaltens, der Drittschadensfrage und vor allem der Vorteilsanrechnung angemessen zu bewältigen; sie geriere sich nur wertungsfrei, in Wahrheit enthalte sie zahlreiche Wertungen und sei in- folgedessen normativ stark infiziert.

¹ Vgl. etwa Staudinger-Medicus § 249 Rdnr. 4; Lange § 1 I, S. 18 f. und § 1 IV 4, S. 32 f. mwN; Larenz SchR I, § 29 I a, S. 443 mwN in Fn. 2 und 3; eine Zusammenstellung der für die Differenzhypothese angeführten Argumente findet sich bei Brinker S. 191 mwN in Fn. 18 - 23.

² Lange aaO, S. 32.

³ Vgl. Wolf, Schuldrecht S. 221: Der Gesetzgeber habe die gemeinrechtliche Interesselehre, die nur eine Kompensation kannte, mit Anerkennung der Natural-Restitution gerade nicht übernommen. Ebenso etwa Keuk S. 19; Honsell JuS 73, 69 f. - Inzwischen hat sich im übrigen die Auffassung durchgesetzt, daß Mommsen das "id quod interest" in den Quellen des römischen Rechts falsch verstanden hat. Es bedeutet dort nämlich nirgendwo eine Differenz; es heißt als terminus technicus

einen Vergleich zwischen einer realen und einer hypothetischen Lage zu akzeptieren ¹ .

Für die hier interessierenden Fälle des nicht durch die Beschaffung einer Ersatzsache ausgeglichenen Entgangs von Sachnutzungen ² liegt somit - von Folgeschäden wie entgangenem Gewinn und Aufwendungen für die ersatzweise Bedürfnisbefriedigung anders als durch die Beschaffung einer Ersatzsache einmal abgesehen - eine dem an der Nutzung Verhinderten nachteilige Differenz der Güterlagen und damit ein Schaden im Sinne der Differenztheorie darin, daß für die fragliche Zeit der Gebrauchskarenz die Nutzungsmöglichkeit entfiel. Wenn - wie in der Mehrzahl der Fälle - eine zeit-

nicht "was dazwischen liegt", sondern "was daran liegt" (vgl. etwa Honsell aaO; Keuk S. 15 ff.).

¹ Brinker S. 190 unter Hinweis auf Wolf, Schuldrecht S. 222 und FS Schiedermaier, S. 545, 546. Keuk (S. 56) sieht als Inhalt des Schadensersatzanspruches die Herstellung desjenigen tatsächlichen Zustandes an, welchen der Schädiger durch sein ordnungsgemäßes Verhalten hätte herbeiführen sollen. Die Frage nach dem schadensersatzrechtlichen Vermögensbegriff, die derjenigen nach den Folgen ordnungsgemäßen Verhaltens vorgelagert ist, ist damit freilich nicht beantwortet (Hansen S. 18). Wenn Frau Keuk eine abstrakte Nutzungsausfallentschädigung versagt (S. 203 ff.), so läßt sich dies nicht mit der von ihr vorgeschlagenen, auf das jeweilige Rechtsgut bezogenen Vergleichsbetrachtung begründen (Hansen aaO.).

² Gleich liegen die Fälle des Verlustes zeitgebundener Genußpositionen, die sich aus einem Recht ergeben, vgl. oben A, S. 1 bei Fn. 2 - 4.

liche Begrenzung der Nutzung vom Berechtigten nicht beabsichtigt oder eine Nachholung des Gebrauchs oder Genusses aus sonstigen Gründen nicht möglich ist, scheidet eine Naturalrestitution gemäß § 249 S. 1 BGB aus ¹. In Betracht kommt dann also nur noch eine geldmäßige Entschädigung für den Nutzungs- oder Genußentgang.

Soweit man eine solche Entschädigung auf § 249 S. 2 BGB gestützt gewähren will, setzt das voraus, daß man die Kosten für die Miete einer Ersatzsache zu den Herstellungskosten im Sinne dieser Vorschrift rechnet und daß man den Schadensersatzanspruch nach § 249 S. 2 BGB von der Möglichkeit der Naturalrestitution unabhängig sein läßt ².

¹ Ein nach Abschluß der Reparatur etwa noch gemieteter Wagen wäre kein Ersatzwagen mehr, sondern ein Zweitwagen (Medicus BR Rdnr. 824).

² Dazu im einzelnen unten C I, S. 9 ff. Auch im Rahmen der Zeunerschen Bedarfslehre spielt § 249 S. 2 BGB eine bedeutsame Rolle (dazu im einzelnen unten C I). Vgl. auch den Versuch Ellrichs (S. 70 ff., 97 ff.), den Bereich der Herstellungsmöglichkeit im Sinne des § 249 S. 2 BGB beim Verlust von zeitgebundenen "Genußpositionen" zu erweitern und so § 251 BGB und damit auch § 253 BGB aususchalten: Ein entgangener Karajan-Konzertgenuß könne gleichwertig durch ein Böhm-Konzert ausgeglichen, ein Mallorca-Urlaub gleichwertig auf Korsika verbracht werden (aaO, S. 100). Jedoch wird man für die Restitution neben der Gleichwertigkeit der Ersatzposition auch deren Gleichartigkeit fordern müssen, da sonst die Präferenzentscheidungen des Betroffenen unberücksichtigt blieben (vgl. Brinker S. 65).

Einer Anwendung des § 250 BGB steht dessen Zweck entgegen. Die Vorschrift will nämlich dem Gläubiger ein Mittel an die Hand geben, sich Klarheit zu verschaffen, ob er Naturalherstellung (§ 249 BGB) oder Geldersatz (§ 251 Abs. 1 BGB) fordern kann; in den Fällen des Nutzungsentganges ist aber die Möglichkeit der Naturalherstellung von deren Unmöglichkeit regelmäßig klar abgegrenzt und für den Gläubiger offenkundig ¹.

In Betracht kommt noch der Anspruch gemäß § 251 Abs. 1 BGB. Dieser erfordert nun aber im Hinblick auf § 253 BGB, daß der eingetretene Gebrauchs- oder Genußausfall einen Vermögensschaden darstellt. Unter Zugrundelegung der Differenzhypothese ergibt sich jedoch nach dem Ablauf der Zeit, während der der Gegenstand dem Betroffenen nicht zur Verfügung gestanden hat, keine nachteilige Differenz in der Vermögenslage und damit kein Vermögensschaden ². Von denjenigen, die eine abstrakte Nutzungsausfallentschädigung nicht gewähren wollen, wird dies als ein Hauptargument für die Richtigkeit ihrer Auffassung angeführt ³. Von seiten derjenigen, die dieses Ergebnis als nicht richtig ansehen, hat es dagegen nicht an Versuchen gefehlt, die Differenzhypothese insoweit zu modifizieren, zu ergänzen oder ganz außer Kraft zu setzen.

¹ Zeitz S. 162.

² Unstreitig; vgl. Schulte S. 26 mit umfangreichen Nachweisen in Fn. 2.

³ Askenasy Gruch 70, 373, 376; zurückhaltend Bötticher VersR 66, 301, r. Sp. und 312, 1. Sp.

C) Die Ansätze in der Literatur zur Begründung eines Anspruchs auf eine Geldentschädigung

I.) Die Bedarfslehre (Zeuner) sowie die Herleitung eines Anspruchs aus § 249 S. 2 BGB

1.) Darstellung der Auffassungen

a) Die Bedarfslehre (Zeuner)

Nach der Auffassung Zeuners ¹ ist als Schaden bereits der durch ein Schadensereignis je ausgelöste geldmäßige Bedarf anzusehen. Ob es zu einer Deckung des Bedarfs gekommen sei, spiele für die Schadensersatzpflicht des Schädigers keine Rolle, da die in der Nichtdeckung liegende Entscheidung des Geschädigten eine private Disposition zugunsten des eigenen Vermögens darstelle, die bereits außerhalb dessen liege, was im Rahmen der Schadensermittlung zu berücksichtigen sei ². Sie mindere daher die Ersatzpflicht ebenso wenig, wie es etwa Ersparnisse täten, die für den Geschädigten daraus entstünden, daß er auf Grund des Schadensfalles gezwungen oder freiwillig seine Lebenshaltung einschränkte.

¹ AcP 163, 380, 394 ff. und GS Dietz, 99 ff. Zeuner sieht seinen Ansatz nur als einen Versuch an, im Rahmen des geltenden Rechts entwerfartig einige Orientierungsmarken zu bezeichnen, nicht hingegen als eine fertige Lösung, die sich einfach aus dem Gesetz ablesen ließe (GS Dietz S. 123). Ihm folgt Deutsch § 26 II 2 (S. 437 bei Fn. 57) und 4 (S. 441) sowie im Wesentlichen auch das OLG Celle NJW 65, 1534.

² AcP aaO., S. 396.

Dem Gesetz sei die Vorstellung nicht fremd, ein in Geld zu ersetzender Schaden könne bereits darin liegen, daß Aufwendungen überhaupt erforderlich würden ¹. So sei im Fall des § 843 BGB bei Körper- und Gesundheitsverletzung Schadensersatz in Geld auch wegen vermehrter Bedürfnisse und nicht erst wegen der daraus entstandenen Kosten zu leisten. Ebenso entstehe der Anspruch auf Zahlung der Herstellungskosten nach § 249 S. 2 BGB anerkanntermaßen nicht erst dann, wenn der Verletzte entsprechende Aufwendungen tatsächlich gemacht habe ². Zudem hänge dieser Anspruch nicht davon ab, daß der Geschädigte das Geld später tatsächlich für die Wiederherstellung verwende; dort also spare der Berechtigte für die eigene Tasche, wenn er etwa einen eingebaulten Kotflügel nicht ausbessern lasse ³.

Auch könne der Geschädigte hinsichtlich der Kosten für die ihm unter dem Gesichtspunkt der Naturalrestitution zustehende Beschaffung einer anderweitigen Gebrauchsmöglichkeit (insbesondere die Stellung eines Ersatzwagens) nicht nur eine nachträgliche Erstattung seiner Ausgaben, sondern auch schon einen Vorschuß verlangen; ob er dieses Geld dann wirklich für die Miete eines Ersatzwagens verwende, bleibe ihm überlassen ⁴.

¹ AaO, S. 395.

² GS Dietz, S. 121.

³ AcP, aaO, S. 395 mwN in Fn. 49.

⁴ AaO, S. 396.

Es bestehe kein Anlaß, die Dinge prinzipiell anders zu behandeln, wenn der Schadensfall erst zu einem späteren Zeitpunkt geregelt werde ¹. Erkenne man letzterenfalls Ersatz nur nach Maßgabe tatsächlich aufgewandter Kosten zu, so wären zurückhaltende, vorsichtige und sozial schwache Betroffene, die sich scheuten oder gar nicht in der Lage seien, Kosten für eine Ersatzbeschaffung aufzuwenden, im praktischen Ergebnis schlechter gestellt als starke und robuste, für die solche Hindernisse nicht bestünden ².

Um zu vermeiden, daß die Sparsamkeit und Zurückhaltung des Verletzten, der sich - vielleicht mit erheblichen Mühen und Unbequemlichkeiten - ohne Beschaffung einer entsprechenden anderweitigen Gebrauchsmöglichkeit behelfe, dem Schädiger zugute komme, beurteile sich die Höhe des Wertbedarfes in den Fällen der Gebrauchsbeeinträchtigung nach den Kosten für die als angemessen erscheinende Anmietung einer Ersatzsache ³. Nicht abzuziehen sei der im üblichen Mietpreis enthaltene durchschnittliche Gewinn des Vermieters ⁴. Daß der Schadensersatz nur Nachteile beseitigen, nicht aber dem Geschädigten einen Gewinn bringen solle, ändere hieran nichts. Es gehe nämlich allein um den Ausgleich eines sich aus dem Schadensfall ergebenden

¹ AaO, S. 396 f.

² GS Dietz, S. 117.

³ Vgl. AcP aaO, S. 394 f. und S. 396.

⁴ AaO, S. 397.

den Vermögensbedarfes. Wie der Geschädigte über diesen Bedarf disponiere, sei eben allein seine eigene Angelegenheit ¹.

Ein Ausufern der Ersatzpflicht könne verhindert werden, wenn man die Erforderlichkeit der Ersatzbeschaffung nur anerkenne, soweit es auch bei Anlegung eines strengen Maßstabes dem Betroffenen nicht zuzumuten wäre, ohne einen entsprechenden Ersatz auszukommen, wobei z.B. eine für den Betroffenen bestehende Möglichkeit zu berücksichtigen wäre, sich durch Umdispositionen usw. ohne wesentliche Belastung zu behelfen ². Auch scheide ein Ersatzanspruch in den Fällen fehlenden Nutzungswillens und fehlender Nutzungsfähigkeit aus, weil dann ein geldmäßiger Bedarf zur Beschaffung einer Ersatzsache nicht bestehe ³. Das gelte auch dann, wenn durch das Schadensereignis nicht nur die zu nutzende Sache beschädigt, sondern zugleich auch der Berechtigte selbst in solcher Weise körperlich verletzt worden sei, daß er während der Wiederherstellung der Sache zu einer entsprechenden Nutzung nicht in der Lage sei ⁴. Es handle sich um die allgemeine Erscheinung, daß sich der Umfang des zu leistenden Ersatzes nicht nach der Schwere der Verletzung, sondern nach dem Ausmaß der Folgen richte ⁵.

¹ Vgl. schon oben S. 9 bei Fn. 2.

² AcP aaO, S. 397 f. und GS Dietz, S. 117 f.

³ AcP aaO, S. 397 und GS Dietz, S. 118.

⁴ GS Dietz, aaO.

⁵ GS Dietz, S. 119.

b) § 249 S. 2 BGB als Grundlage des Anspruchs

Direkt aus § 249 S. 2 BGB wollte Medicus ¹ einen Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsausfallentschädigung herleiten. Zur Begründung dieser - im Ergebnis der Bedarfslehre nahekommenden - Auffassung führte er an, daß die Verknüpfung des Anspruchs nach § 249 S. 2 BGB mit dem Fortbestand der Herstellungsmöglichkeit wenig glücklich sei, da damit dem Schädiger eine Verzögerung seiner Leistung nützen würde ². Nicht einzusehen sei, daß es dem Schädiger zugute kommen solle, wenn der Geschädigte wegen der Befürchtung, auf einem Teil seines Schadens sitzenzubleiben, auf die Miete eines Ersatzes verzichte und damit Unannehmlichkeiten auf sich nehme ³. Nicht das Verhalten des Geschädigten bestimme den zu leistenden Ersatz, sondern allein der Schaden, so daß es für den Schädiger gleich bleiben sollte, ob der Geschädigte eine Ersatzsache miete oder sich anderweitig behelfe.

2.) Dogmatische Bedenken

Bedenken gegen die Richtigkeit des Ansatzes von Zeuner ergeben sich einmal schon bei natürlicher Betrachtungsweise: Bei der Zerstörung einer Sache wird jedermann den Verlust der Sache selbst oder des Wertes, den sie im Vermögen des Geschädigten darstellte, als den Schaden ansehen, nicht den erst da-

¹ BR, 9. Aufl., Rdnr. 824 ff.

² AaO, Rdnr. 824.

³ AaO, Rdnr. 828.

durch hervorgerufenen Anschaffungsbedarf;
warum aber sollte das bei der Beschädigung
einer Sache anders sein ¹?

Wenn Zeuner demgegenüber die Berechtigung, bei der Ermittlung des Schadens von dessen konkreter Erscheinung absehen zu dürfen, u.a. aus § 843 BGB herzuleiten sucht ², verkennt er, daß es sich bei dieser Vorschrift um einen klar abgegrenzten Sondertatbestand handelt, aus dem man nicht auf eine allgemeine Gleichstellung von Schaden und hervorgerufenem Bedarf schließen kann ³. Bötticher ⁴ hat nachgewiesen, daß es sich bei dieser Vorschrift um eine nur auf den Sonderfall der Schadensrente zugeschnittene Regelung handelt. Wenn Zeuner ⁵ sich dagegen auch auf die Gesetzesmaterialien zu § 843 BGB ⁶ beruft, wo diese Vorschrift als Konsequenz der für Deliktshaftung und Schadensersatz aufgestellten Prinzipien bezeichnet wird, so ist damit zumindest nicht der Einwand Böttichers ⁷ widerlegt, die Bestimmung zielle nicht gerade auf die zeitliche Fixierung des Schadens ab.

¹ Larenz FS Nipperdey, S. 489, 504.

² Vgl. oben 1 a, S. 10.

³ Larenz aaO.

⁴ VersR 66, 301, 304.

⁵ GS Dietz, S. 121 bei Fn. 71.

⁶ Mugdan Mot. II, S. 443.

⁷ AaO, 1. Sp.

Inkonsequent ist Zeuner insofern, als er Schaden und Geldbedarf nur dann gleichsetzt, wenn es gilt, einen infolge der Beschädigung einer Sache dem Eigentümer drohenden immateriellen Folgeschaden zu verhindern ¹. Konsequenz könnte er sich hier allerdings überhaupt nicht erlauben. Setzte man nämlich auch in den sonstigen Fällen - etwa denen der Sachbeschädigung ohne immaterielle Folgeschäden oder denen der Körperverletzung - Schaden und Geldbedarf gleich, so bedeutete Schadensersatzleistung gemäß § 249 S. 1 BGB immer Beseitigung des geldmäßigen Bedarfes, d.h. Geldzahlung. Die Regelung des § 249 S. 2 BGB lieferte damit völlig leer. Gerade letztere Vorschrift also, auf die Zeuner nun ausgerechnet seine Auffassung wesentlich stützen zu können glaubt, zeigt eindeutig, daß eine solche Gleichsetzung dem Gesetz nicht entspricht. Nach diesem ist eine objektiv-generalisierende Schadensberechnung - auf die die Bedarfslehre hinausläuft, wenn nur Nutzungswille und Nutzungsfähigkeit vorhanden sind - grundsätzlich ² nicht zulässig ³.

Erstaunen muß auch, daß bei konsequenter Zugrundelegung des Bedarfsgedankens im Falle einer nicht zu behebenden Körperverletzung ein Nichtvermögensschaden, bei Behebbarkeit dagegen im Hinblick auf den dann ausgelösten Geld-

¹ Larenz aaO.

² Eine Ausnahme stellt beispielsweise im kaufmännischen Warenverkehr § 376 HGB dar.

³ Tolk S. 99.

bedarf für die ärztliche Behandlung ein Vermögensschaden vorliegen soll. Soll sich dieser Vermögensschaden mit dem späteren Wegfall der Behebbarkeit in einen Nichtvermögensschaden verwandeln oder dann Geldkompensation gemäß § 251 Abs. 1 BGB stattfinden¹?

Die Methode Zeuners, Schäden unter Abstellen auf den zur Wiederherstellung erforderlichen Geldbedarf, d.h. das Passivum² statt auf die Beeinträchtigung des Aktivums selbst zu definieren und damit in Bedarfsschäden umzudenken³, hätte in letzter Konsequenz zur Folge, daß immaterielle Schäden, von deren Existenz das Gesetz in § 253 BGB ausgeht, dann kaum noch vorstellbar wären: Gewährte man dem Betroffenen in voller Höhe denjenigen Geldbetrag, welchen er benötigte, um sich in den ohne den Schadensfall bestehenden Zustand zu versetzen, so stiege in der heutigen Zeit, in der man sich so gut wie alles "kaufen" kann, die geschuldete Entschädigungsleistung ins Unermeßliche⁴.

Mit der Beschränkung der Gleichsetzung von Geldbedarf und Schaden auf die oben⁵ angeführten Fälle wird aber deutlich, worum es Zeuner im Ergebnis geht: Die sich bei

¹ Vgl. auch Bötticher VersR 66, 301, 305, der dort (unter 3.) weitere Fälle anführt, in denen der Bedarfsgedanke - konsequent angewandt - zu untragbaren Ergebnissen führt.

² Bötticher VersR 66, 301, 303, 1. Sp.

³ Werber AcP 173, 158, 168.

⁴ Schulte S. 46 f.

⁵ S. 15, bei Fn. 1.

unbefangener Betrachtung der konkreten Erscheinung des Schadens ergebende Grenze zwischen materiellem und immateriellem Bereich soll in bestimmten Fällen zu Lasten des letzteren verschoben, zumindest aber verschiebbar gemacht werden.

In dieselbe Richtung weist, daß nach der Auffassung Zeuners der Bedarf noch besteht, wenn der immaterielle Schaden eingetreten ist und sich daher der Zustand, in dem sich der Geschädigte ohne das Schadensereignis befunden hätte, für die Vergangenheit gar nicht mehr herstellen läßt¹. Dabei ist doch der Geldbedarf, auch wenn er zunächst entstanden sein mag, dadurch, daß die entsprechende Aufwendung unterblieben ist und das Versäumte für die Vergangenheit auch nicht mehr nachgeholt werden kann, wieder fortgefallen¹. Mit der grundsätzlichen Annahme einer "Disposition zugunsten des eigenen Vermögens" wird überspielt, daß die Nichtanmietung einer Ersatzsache gerade auf das Fehlen oder zumindest den späteren Wegfall eines Bedarfes hinweist². Behandelt man trotzdem den ursprünglich an der möglichen Verhinderung eines immateriellen Schadens orientierten Geldbedarf wie eine im Augenblick der Beschädigung bereits entstandene endgültige Vermögensminderung, so ist das in Wahrheit nur eine andere Form der "Kommerzialisierung" eines immateriellen Schadens, eine Konstruktion, die ausschließlich aus dem Bestreben zu verstehen ist, den § 253 BGB auszuschalten¹. Kaum

¹ Larenz FS Nipperdey, S. 489, 505.

² Werber AcP 173, 158, 169 Fn. 31; Ströfer S. 56.

einzusehen ist dann auch, warum in den Fällen der fehlenden Nutzungsmöglichkeit, d.h. der anfänglichen Unmöglichkeit der Bedarfsbefriedigung anders als in denen der nachträglichen ein Anspruch nicht bestehen soll.

Nicht zu überzeugen vermag auch der Hinweis auf § 249 S. 2 BGB. Diese Vorschrift will nämlich vor allem dem Geschädigten ersparen, seine beschädigte Sache oder Gesundheit ausgerechnet dem Schädiger anzuvertrauen; sie trägt also einer besonderen Interessenlage Rechnung ¹. Von da her bestehen schon im Grundsätzlichen Bedenken, aus dieser Vorschrift für andere, ihr nicht unterfallende Schadensfälle überhaupt etwas herleiten zu wollen ². Zudem regelt § 249 S. 2 BGB das "Wie" des Schadensersatzes; für die Frage, ob ein (Vermögens) Schaden entstanden ist, dürfte er daher wenig aussagekräftig sein. Während das Vorhandensein eines Schadens in den Fällen dieser Vorschrift keinem Zweifel unterliegt, ist das Vorliegen eines solchen - in der Gestalt eines Bedarfes - bei unterlassener Anmietung einer Ersatzsache durchaus nicht unbedenklich ³.

Berücksichtigt werden muß auch, daß der in § 249 S. 2 BGB bestimmte Geldanspruch als besondere Ausprägung des Herstellungsanspruchs

¹ TolK S. 99 f.

² Vgl. Lange § 6 VII 4 a, S. 186: "Wie bereits ... dargelegt, soll der Anspruch aus § 249 S. 2 indessen nur die Restitution erleichtern und muß in dieser Zweckrichtung seine Grenze finden."

³ Werber AcP 173, 158, 169.

in Akzessorietät zu diesem steht ¹ und daher nach richtiger Ansicht die fortbestehende Möglichkeit der Naturalherstellung voraussetzt. § 249 S. 2 BGB will - genauso wie § 249 S. 1 BGB - das Integritätsinteresse, d.h. das Interesse des Geschädigten an der Erhaltung seiner Güter in ihrer konkreten Erscheinung, an der Wahrung des bisherigen Bestandes ² schützen. Dieses Interesse aber ist dann nicht mehr schutzfähig und schutzwürdig, wenn das betroffene Gut inzwischen beim Geschädigten überhaupt nicht mehr vorhanden ist ³. Die spezielle Funktion gerade des § 249 S. 2 BGB liegt darin, dem Geschädigten die Wiederherstellung zu ermöglichen; ist diese nicht mehr möglich, so ist das Bedürfnis für diese Erleichterung entfallen ⁴. Zudem ergibt die ausdrückliche gesetzliche Bestimmung des § 251 Abs. 1 BGB, daß die Restitutionsansprüche des § 249 (S. 1 wie S. 2) BGB von der Restitutionsmöglichkeit abhängig sind ⁵.

Untauglich ist auch der Versuch von Grunsky ⁶, den transitorischen Anspruch gemäß § 249 S. 2 BGB im Falle der unberechtigten Leistungsverweigerung des Schädigers durch die Anwendung des § 280 Abs. 1 BGB zu verfestigen. Selbst wenn diese Auffassung mit dem Wortlaut des § 280

¹ Bötticher VersR 66, 301, 305, r. Sp.

² Lange § 2 V 5.

³ Vgl. BGHZ 81, 385, 391 f.

⁴ Lange § 5 V 5, S. 150.

⁵ AlternK-Rußmann Vor §§ 249 Rdnr. 22.

⁶ S. 33.

Abs. 1 BGB zu vereinbaren wäre ¹, so stünde ihr jedenfalls entgegen, daß im Schadensrecht die allgemeinen Vorschriften der §§ 275, 276, 280 BGB durch die speziellen Normen der §§ 251 Abs. 1, 253 BGB verdrängt werden ².

Allerdings kann der Geschädigte den gemäß § 249 S. 2 BGB geleisteten Geldbetrag nach Belieben verwenden; das Gesetz sagt nämlich nirgendwo, daß er in der Verwendung des ihm gezahlten Geldes nicht frei wäre ³. Jedoch bleibt bei anderweitiger Verwendung des zur Reparatur erforderlichen Geldbetrages durch den Geschädigten der Schaden an der Sachsubstanz oder die Verletzung der Person bestehen und bildet so - anders als das beim Entgang von Nutzungsmöglichkeiten der Fall ist - einen Negativposten in der Vermögensbilanz ⁴.

Indem Zeuner die Nichtanmietung einer Ersatzsache grundsätzlich als eine private Disposition zugunsten des eigenen Vermögens des Verletzten ansieht, verlegt er den Zeitpunkt der Bedarfsentscheidung vor und verfestigt damit den Anspruch auf Zahlung des zur Anmietung einer Ersatzsache benötigten Geldes derart, daß er die Möglichkeit der Herstellung überdauert ⁵.

¹ Dagegen Zeitz S. 9.

² Meincke JZ 80, 677, 1. Sp.; vgl. auch unten E II 2, S. 210.

³ Ganz hM, vgl. etwa Larenz SchR I, § 28 I, S. 433 mwN in Fn. 4; aA etwa Keuk S. 220 f.

⁴ Löwe NJW 64, 701, 702, r. Sp.

⁵ Bötticher VersR 66, 301, 306 f.

Damit aber verliert der Anspruch auf die Herstellungskosten seine Natur eines lediglich modifizierten Herstellungsanspruches¹ und verwandelt sich in einen Anspruch auf Geldentschädigung für einen immateriellen Schaden². Letztlich läuft die Auffassung Zeuners darauf hinaus, daß der Geschädigte in den Fällen der §§ 250, 251 BGB die freie Wahl hat, entweder Kompensation in Geld oder die Zahlung der einmal zur Restitution benötigten Mittel zu verlangen, womit das System der §§ 249 ff. BGB aus den Angeln gehoben und dem Wiederherstellungsanspruch eine Bedeutung gegeben wird, die er nach diesen Vorschriften nicht besitzt³.

Speziell gegen den Ansatz von Medicus⁴ ist auch noch einzuwenden, daß die Anmietung einer Ersatzsache zwar der Herstellung des Zustandes dient, der ohne das schädigende Ereignis während der fraglichen Zeit bestehen würde (§ 249 S. 1 BGB), nicht aber gerade der Herstellung der beschädigten Sache (vgl. § 249 S. 2 BGB)⁵. Zudem hat nur dann, wenn man § 249 S. 2 BGB auf die eigentlichen Reparaturkosten beschränkt, die dortige Unterscheidung zwischen beschädigten (also reparablen) und zerstörten (nicht mehr zu reparieren-

¹ Vgl. oben S. 18 f.

² Keuk S. 220.

³ Stoll JuS 68, 504, 506, r. Sp.

⁴ Oben 1 b, S. 13.

⁵ Larenz SchR I, § 29 II c, S. 458.

den) Sachen einen Sinn ¹.

3.) Tragfähigkeit der verwendeten Billigkeitsargumente

Als nicht tragfähig erweist sich bei genauerem Hinsehen das Argument, die durch die Bedarfslehre bewirkte zeitliche Vorverlagerung des Schadenseintrittes sei geboten, weil sonst zurückhaltende, vorsichtige und sozial schwache Betroffene im praktischen Ergebnis schlechter gestellt seien als starke und robuste ². In erster Linie ist es nämlich nicht der Unterschied zwischen armen und reichen Leuten, der bei der Kostenverursachung eine Rolle spielt, sondern der zwischen vorsichtigen und weniger vorsichtigen: Der Vorsichtige wird sich wegen der Gefahr, den Schaden zumindest zum Teil selbst tragen zu müssen, kostspieliger Maßnahmen enthalten; der Unvorsichtige dagegen wird diese Gefahr nicht sehen oder sich von ihr nicht schrecken lassen ³. Zudem spart der Vorsichtige keineswegs vergeblich, da er sein Ziel, die Gefahr zu vermeiden, auf einem Teil der aufgewendeten Kosten sitzenzubleiben, erreicht ³. Unleugbar ist allerdings der Arme oft zu größerer Vorsicht gezwungen ³. Es ist jedoch die Auf-

¹ Larenz aaO; ebenso nunmehr auch Medicus in Staudinger-Medicus § 253 Rdnr. 34, der dort deshalb seine in BR, 9. Aufl., Rdnr. 824, 828 vertretene Auffassung ausdrücklich aufgegeben hat (vgl. auch BR, 10. Aufl., Rdnr. 828).

² Vgl. oben S. 11, bei Fn. 2.

³ Medicus VersR 81, 593, 600, 1. Sp.

gabe anderer Teile der Rechtsordnung, dafür zu sorgen, daß zwischen Arm und Reich nur sozialetisch gerechtfertigte Unterschiede bestehen ¹. Die dort begründeten Unterschiede dürfen dann aber nicht in den übrigen Teilen der Rechtsordnung wieder ausgeglichen und damit bedeutungslos gemacht werden ¹. Speziell das Schadensrecht vermag schon angesichts des dort maßgeblichen Ausgleichsgedankens, der an die Güterlage beim Geschädigten anknüpft, ohne zu fragen, ob diese in der vorbezeichneten Weise gerechtfertigt ist, in dieser Hinsicht nichts zu leisten.

Gegen die Kopplung des Anspruchs nach § 249 S. 2 BGB an die fortbestehende Möglichkeit der Herstellung kann auch nicht eingewendet werden, daß auf diese Weise dem zahlungsunwilligen Schuldner eine Verzögerung zugute käme ². Der Schädiger trägt nämlich in einem solchen Fall das sich aus der Verzögerung ergebende Risiko einer weiteren Ausbreitung des Schadens ³. Wenn der Schädiger nun Geldentschädigung gemäß § 249 S. 2 BGB leisten mußte, würde er doppelt belastet, weil er ja zugleich auch für die infolge des Hinausschiebens der Leistung eingetretenen oder drohenden Schäden aufkommen muß ⁴. Da es sich zudem um zwei Schadensposten handelt,

¹ Medicus aaO, r. Sp.

² Vgl. oben 1 b, S. 13 bei Fn. 2.

³ Zeuner GS Dietz, S. 119 f.; Lange § 5 V, S. 150.

⁴ So nunmehr Medicus VersR 81, 593, 599, 1. Sp.

die nur alternativ eintreten können, erweist sich das Argument, den Schädiger dürfe die Verzögerung der Schadensersatzleistung nicht entlasten, vom Grundgedanken des Schadensrechts her sogar als in diesem Zusammenhang illegitim ¹.

¹ Medicus aaO.

II.) Der Funktionsschadensbegriff (Mertens)

1.) Darstellung der Lehre

Mertens will in den Mittelpunkt des Schadensrechts nicht den beschädigten Gegenstand, sondern die um diesen geschädigte Person gestellt wissen: Güter würden nicht um ihrer selbst willen, sondern des Subjekts wegen geschützt, das mit dem ihm zugeordneten gegenständlichen Bereich einen Wirkungsraum gewinne, in dem es sein Leben nach seinen eigenen Zielen zu gestalten frei sei ¹.

Daß der Vermögensschaden auf den Vermögensträger zu beziehen sei, sei seit Friedrich Mommsen Ausgangspunkt auch der herrschenden Lehre und Rechtsprechung gewesen. Im BGB komme er darin zum Ausdruck, daß jeder materielle Schaden auf die Einheit des Vermögens bezogen werde. Wenn aber die herrschende Auffassung das Vermögen selbst definiere als eine Summe objektiver Werte, eine Ansammlung von Habe, die durch rein formale Zugehörigkeitsbeziehungen mit dem Vermögensträger verknüpft sei ², beziehe sie den Vermögensschaden auf einen objektiven Bestand und reduziere seine Subjektivität ³. Damit werde übersehen, daß der subjektive Schadensbegriff dazu nötige, auch den Vermögensbegriff subjektiv zu fassen und damit das Vermögen als die Einheit der einzelnen Ver-

¹ S. 227.

² S. 128 f.

³ S. 227.

mögensgegenstände in ihrer Beziehung auf die subjektiven Lebensgestaltungsziele des Vermögensträgers zu verstehen.

Indem das Vermögen die Lebensentfaltung des Subjekts insgesamt gewährleiste, es also auch den sogenannten konsumptiven Vermögensinteressen, dem Gebrauch zu immateriellen Zwecken und dem Genuß diene, könne auch die Beeinträchtigung des Gebrauchs infolge der Beschädigung eines Sachgutes oder des Eingriffs in ein Ausschließlichkeitsrecht Vermögensschaden sein, ohne daß es darauf ankäme, ob dadurch erwerbswirtschaftliche Ziele gestört seien oder der Ausfall durch den Einsatz von Geldmitteln kompensiert worden sei ¹.

Da das Vermögen nicht nur dem Zweck der Gewinnerzielung diene, sei auch der Ausfall der Möglichkeit, das Gut während einer bestimmten Zeit zu immateriellen Zwecken zu nutzen, in Betracht zu ziehen ². Die Gegenwärtigkeit des Vermögens, die Möglichkeit seiner Nutzung hic et nunc stelle insofern einen Wert dar, der zwar einem immateriellen Zweck dienen möge, trotzdem aber, sofern er sich nur in Geld ausdrücken lasse, als Vermögenswert zu betrachten sei. Die Tendenzen zur Gewährung von Schadensersatz bei Entzug von Gebrauchsvorteilen seien daher zu begrüßen ³.

¹ S. 228.

² S. 145.

³ AaO, Fn. 8.

Allerdings könne der Gebrauch oder die Gebrauchsmöglichkeit anders als der Besitz, der von der Rechtsordnung zu einer geschützten Rechtsposition eigener Art verselbständigt worden sei, nicht als gegenständliche Einheit im Sinne eines von der Sache selbst abspaltbaren selbständigen Vermögensgutes angesehen werden¹. Zwar werde die Gebrauchsmöglichkeit durch die Sache geboten; sie sei aber Verhaltensmöglichkeit des Subjekts und erst in dessen Handeln vollziehe sich der Gebrauch².

Daß die Entziehung der Gebrauchsmöglichkeit einer Sache gleichwohl einen Vermögensschaden darstelle, folge daraus, daß der Gegenstand schadensrechtlich nicht um seiner faktischen Existenz, sondern um seiner subjektiven Funktion willen geschützt werde³ und diese sich auch auf Gebrauchsziele erstrecke². Fasse man die Entziehung des Gebrauchs als Störung der Vermögensfunktion des beschädigten Gegenstandes auf, so biete die Abgrenzung vom immateriellen Schaden keine Schwierigkeiten³. Der durch die Beschädigung einer Sache entstehende Ausfallwert ergebe sich aus jeder in Geld schätzbaren Beeinträchtigung subjektiver Zwecke, so daß auch die Entziehung der Gebrauchsmöglichkeit einer Sache, soweit sie sich in Geld beziffern lasse, einen Vermögensschaden darstelle.

¹ S. 151 f.

² S. 152.

³ S. 157.

Werde der Gebrauch nun aber durch Umstände verhindert, die in der Person des berechtigten Subjekts selbst lägen, komme mangels Eingriffs in die Gegenstandssphäre ein Vermögensschaden grundsätzlich nicht in Betracht ¹. Ein solcher könne sich hier nur ausnahmsweise unter dem Gesichtspunkt des Fehlschlagens einer Vermögensaufwendung ergeben ². Wenn nämlich die Aktivierung von Vermögensmitteln in Richtung auf einen bestimmten subjektiven Zweck mißlinge, z.B. der Betroffene infolge eines Eingriffs in seine Rechtssphäre (unter Einschluß der Persönlichkeitsgüter) gewisse Ziele nicht erreiche, für die er bereits nicht mehr anderweitig einsetzbare Vermögensaufwendungen erbracht habe, liege eine "Vermögensfunktionsstörung" ³ vor ⁴. Die Bestreitung der Lebenszwecke mit Hilfe des in den Vermögensgütern gespeicherten Nutzungsvorrats stelle sich als ein Prozeß dar, in dem die zur Erreichung eines Zwecks eingesetzte Ausgabe als Durchlaufstadium der Vermögensaktivierung erscheine. Verfehle die Ausgabe den Zweck, so liege eine Störung dieses Nutzungsprozesses vor, die bei subjektiv-

¹ S. 152.

² S. 157 f.

³ Mertens versteht darunter den Schaden, der sich nicht aus der Verletzung eines bestimmten Vermögensgutes, sondern aus der Störung der Hinordnung der Vermögensgüter auf das Vermögenssubjekt ergibt, und der sich nicht schon mit den Kategorien der Vermögensbeeinträchtigung, des Vermögensbedarfs und des Vermögensminderbestandes erfassen lasse (S. 158 bei und in Fn. 56).

⁴ S. 159.

funktionaler Betrachtungsweise noch unter den Begriff des Vermögensschadens einzuordnen sei.

Der hier drohenden Gefahr erdrückender und völlig unvorhergesehener Schadenslasten versucht Mertens ¹ dadurch zu begegnen, daß er das Vorliegen einer solchen "Vermögensfunktionsstörung" nur für den Fall bejaht, daß das Subjekt ein Lebensziel konkret ergriffen und zu seiner Erreichung Mittel in einer Weise eingesetzt habe, daß diese ausschließlich an dieses Ziel gebunden und nicht mehr für andere Zwecke verfügbar seien. Würden hingegen nur ganz allgemein die Möglichkeiten des Lebensgenusses an Hand der vorhandenen Vermögensgüter infolge einer Störung des subjektiven Bereichs herabgesetzt, so könne man nicht vom Fehlschlagen einer Aufwendung sprechen. Da Gegenstände, die nicht auf einen einzigen konkreten Zweck bezogen seien, nicht mit dessen Nichterreichung ihren Wert verlieren, sondern als Potential bedeutsam bleiben, fehle es am Erfordernis der Irreparabilität der entsprechenden Vermögensaufwendung.

Mertens erkennt, daß eine Schadenslehre, die den Schaden auf das Subjekt in seiner Individualität bezieht und dieses zugleich frei über den Einsatz seines Vermögens entscheiden läßt, die Gefahr uferloser Ausdehnung der Schadenslasten quasi in sich trägt. Er versucht ihr zu begegnen, indem er in § 254 Abs. 2 BGB nicht allein die Statuierung einer Pflicht oder Obliegenheit zur Abwehr der Schadens-

¹ S. 160.

folgen sieht, sondern ihn darüberhinaus als ein zur Einzelinteressenabwägung zwingendes soziales Korrektiv der individuell ausgerichteten Schadensfeststellung versteht und in diesem Sinn als "Soziabilitätsschranke" in den subjektiven Schadensbegriff einordnet ¹. § 254 Abs. 2 BGB grenze also die Schadenssphäre von der Privatsphäre des Geschädigten ab, indem er zum Ausdruck bringe, daß die Rechtsordnung nicht gestatte, die Kosten einer die zumutbare Soziabilität gegenüber dem Schädiger überschreitenden Lebensführung zu liquidieren. Dieser Gedanke einer Soziabilitätsschranke wirke sich somit dahin aus, daß gewisse Daseinsgestaltungsziele des Subjekts bei der Bestimmung des Schadensumfanges außer acht gelassen würden, weil es im Einzelfall unzumutbar erscheine, den Schädiger mit ihren Kosten zu belasten ².

Gerade das Problem des zeitweiligen Gebrauchs- entzuges lasse sich nur durch das bewegliche Zusammenspiel von subjektivem Vermögensbegriff und wertender sozialer Schadensbegrenzung befriedigend lösen ³. Ein Schaden liege im Ausfall der Gebrauchsmöglichkeit dann nicht, wenn dem Geschädigten im Einzelfall auf Grund der sozialen Bindung, in der jedes Rechtssubjekt stehe, der vorübergehende Verzicht auf den Einsatz seines Vermögensgutes zugemutet werden könne ⁴. Da es nicht der schadens-

¹ S. 174.

² S. 176.

³ S. 183 f.

⁴ S. 184.

rechtlichen Tradition entspreche, aus jeder verhältnismäßig wenig ins Gewicht fallenden Lebensbeeinträchtigung einen Geldersatzanspruch herzuleiten, sei es dem Geschädigten in vielen Fällen zuzumuten, aus Rücksicht auf den Schädiger den Ausfall eines seiner Sachgüter hinzunehmen und sich ohne dieses zu behelfen. Das Fehlen eines Marktes, auf dem die zeitweilige Nutzung entsprechender Güter angeboten werde, deute darauf hin, daß der Bedarf normalerweise ohne wesentliche Lebensbeeinträchtigung verschmerzt werde; das Bestehen eines solchen zeige dagegen an, daß für solche Nutzungen ein verhältnismäßig hoher Bedarf bestehe, was es nahelege, den Ausfall als eine dem Schädiger aufzubürdende Vermögensminderung zu behandeln. Daß der Betroffene die Möglichkeit der Beschaffung einer Ersatzsache nicht wahrgenommen habe, weise vielfach darauf hin, daß ihm ein Verzicht auf die Nutzung ohne wesentliche Einschränkung seiner Lebensführung möglich und damit im Hinblick auf die Soziabilitätsschranke zuzumuten gewesen sei ¹.

Voraussetzung des Geldersatzes für den Ausfall einer Nutzungsmöglichkeit sei natürlich, daß sich die Höhe des Schadens berechnen oder zumindest im Wege einer rational begründeten Schätzung in Geld ausdrücken lasse ². Sei eine Behebung des Ausfalls durch vorübergehende Anmietung eines gleichartigen Gegenstandes oder durch Inanspruchnahme einer praktisch die gleichen Zwecke erfüllenden

¹ S. 213 f.

² S. 214.

Leistung möglich, so lasse sich der Wert des Ausfalls nach den hierfür aufzuwendenden Kosten bestimmen. Einen Anhaltspunkt für die Wertschätzung böten auch die Kosten, die dem Geschädigten im Hinblick auf die Nutzung entstanden seien und die er neu entrichten müßte, um die Nutzung später nachholen zu können; die Höhe dieser "Aktivierungskosten" stelle den Mindestschaden dar. In den Fällen der persönlichen Nutzungsverhinderung ¹ freilich ergäben diese "Aktivierungskosten" im Hinblick darauf, daß sich dort ein Vermögensschaden allenfalls unter dem Gesichtspunkt des Fehlschlagens von Aufwendungen bejahen lasse ², nicht das Maß des Mindestschadens, sondern das des überhaupt zu ersetzenden Schadens ³.

2.) Kritik

Aus der Erkenntnis, daß Güterschutz nicht Selbstzweck ist, sondern immer dem Schutz des Subjekts dient, dem das Gut zugeordnet ist, und daß deshalb der Vermögensschaden auf den Vermögensträger, auf das subjektive Interesse zu beziehen ist, ist allein abzuleiten, daß die Schadensbetrachtung nicht bei dem zunächst betroffenen Vermögensbestandteil stehen bleiben darf, sondern auf die nachteiligen Auswirkungen des Schadensereignisses in dem Gesamtvermögen des Geschädigten zu er-

¹ Vgl. oben S. 28 f.

² Vgl. oben S. 28 bei Fn. 2.

³ Vgl. S. 217.

strecken ist ¹. Dagegen nötigt der subjektive Schadensbegriff entgegen der Auffassung von Mertens ² nicht, auch den Vermögensbegriff subjektiv (-funktional) zu fassen ³. Liegt nur eine "Vermögensfunktionsstörung" ⁴ vor, die sich nicht als zunächst vorhandener, später verlorener Vermögensbestandteil oder als nicht erworbener Bestandteil in der Vermögensbilanz niederschlägt, so wird keine effektive Vermögenseinbuße und damit kein Vermögensschaden im Sinne des BGB ausgeglichen, sondern ein zusätzliches Vermögensgut zugeführt ⁵.

Zu bedenken ist auch, daß mit der Naturalrestitution das Integritätsinteresse, d.h. das Interesse des Geschädigten an der Erhaltung seiner Güter in ihrer konkreten Erscheinung geschützt wird, mit der Geldkompensation hingegen das Wertinteresse (Summeninteresse), d.h. das Interesse des Geschädigten an der Erhaltung seines Vermögens dem Werte nach ⁶. Gewährt man nun mit Mertens Vermögensschadensersatz nicht nur in den Fällen der Verringerung des Güterbestandes, sondern darüber hinaus auch schon in denen der bloßen Störung der Hinordnung der Vermögensgüter auf das Vermögenssubjekt ("Vermögensfunktionsstörung"), so kann es sich nur um restituierenden Scha-

¹ Keuk S. 218; Tolk S. 118.

² S. 227.

³ Tolk aaO.

⁴ Zum Begriff vgl. oben S. 28, Fn. 3.

⁵ Tolk aaO; Keuk aaO.

⁶ Medicus BR Rdnr. 818.

denersatz handeln; eine Kompensation kommt angesichts der fehlenden Verringerung des Güterbestandes, d.h. der Vermögenssumme nicht in Betracht. Damit aber wird zum einen gegen § 249 S. 2 BGB verstoßen, wonach - von dem Fall, daß Geld selbst entzogen wurde, einmal abgesehen - einer Geldzahlung nur dann restitutierende Wirkung zukommen soll, wenn - bei Körperverletzung oder Sachbeschädigung - die Kosten der Wiederherstellung gezahlt werden. Zum anderen lassen sich - zieht man mit Mertens die Grenzen dessen, was alles noch als Restitution anzusehen ist, derart weit - kaum Fälle denken, in denen eine solche nicht möglich wäre (vgl. dagegen § 251 Abs. 1 BGB). Der Vermögensschadensbegriff von Mertens zielt also darauf ab, am Prinzip einer möglichst umfassenden Naturalherstellung auch dann noch festzuhalten, wenn nach dem BGB statt der Naturalherstellung Geldersatz geschuldet wäre ¹. Der Kompensation käme damit neben der Restitution keinerlei Bedeutung mehr zu; die in §§ 249 - 251 BGB enthaltene gesetzliche Unterscheidung verlöre jede praktische Bedeutung ². Damit aber hinge der an diese Unterscheidung anknüpfende § 253 BGB völlig in der Luft.

Letzteres freilich stört Mertens nicht weiter, da auch dieser Vorschrift durch die subjektiv-funktionale Betrachtungsweise

¹ Larenz FG Oftinger, S. 151, 161.

² Vgl. auch Mertens S. 214 Fn. 33: "... u.E. sekundäre Problematik, ob man den Anspruch aus § 249 Abs. 2 (sic!) oder aus § 251 Abs. 1 BGB herleiten sollte ..."

praktisch keine Bedeutung mehr zukommt. Weil nämlich die meisten Genüsse und anderen immateriellen Güter irgendwie mit Geld erkaufte werden, haben sie auch irgendwie eine Vermögensfunktion im Sinne von Mertens, so daß mit dem subjektiv-funktionalen Schadensbegriff fast alle Beeinträchtigungen irgendwie mit dem Begriff des Vermögensschadens erfaßt werden ¹.

Mit der Einführung einer "Soziabilitäts-schranke" räumt Mertens selbst ein, daß sein subjektiver Schadensbegriff von seinem Ansatz her zu weit und damit für sich allein gesehen nicht brauchbar ist. Da aber diese Soziabilitätsschranke ihrerseits schillernden Wertungen zugänglich ² und in so hohem Maße dehnbar ist, daß sie kein Kriterium dafür bietet, welcher Schaden in Geld ersetzbar ist ³, läuft die Auffassung von Mertens letztlich darauf hinaus, daß der Richter von Fall zu Fall nach dem zu entscheiden hätte, was er für billig hält ⁴.

¹ Tolk S. 118 f.

² Ströfer S. 57.

³ Larenz SchR I, § 29 I c, S. 449.

⁴ Larenz FG Oftinger, S. 151, 161.

III.) Die Lehre vom objektiven Mindestschaden

1.) Darstellung der Lehre

Nach der von Neuner ¹ begründeten Lehre vom objektiven Schaden ist unter Vermögensschaden zu verstehen die Verletzung eines vermögenswerten Interesses, d.h. eines Gutes, das im Verkehr gegen Geld erworben und veräußert werde, wobei dieses Interesse objektiv zu bewerten sei ². Dabei stelle der objektive Wert des verletzten Gutes im Zeitpunkt der Verletzungshandlung lediglich den ohne Nachweis einer Vermögensdifferenz zu ersetzenden Mindestschaden dar; dem Gläubiger stehe die Möglichkeit des Nachweises offen, sein Schaden sei größer als dieser objektive Wert, etwa weil ein mittelbarer Schaden eingetreten sei, und da müsse dann der Schaden nach der Differenztheorie berechnet werden ³. Die Annahme, der im Wege der Differenzrechnung ermittelte Vermögensschaden könne niedriger sein als der objektive Wert, beruhe auf der im Anschluß an Windscheid ⁴ für das Recht des BGB bejahten Gleich-

¹ AcP 133, 277; ihm folgend Wilburg JherJb 82, 51, insbes. 125 ff.; Rabel S. 449 ff.; Bydliniski S. 24 ff.; diese Auffassung hat sich aber auch bei Vertretern anderer Vermögensschadenskonzeptionen und Befürwortern einer zumindest differenzierten Anwendung der Differenzhypothese durchgesetzt (Brinker S. 204 mwN in Fn. 2).

² Neuner aaO, S. 290.

³ Neuner aaO, S. 296.

⁴ Windscheid-Kipp, Band 2, S. 55.

setzung von zu ersetzendem Vermögensschaden und Interesse ¹; ihr stehe entgegen, daß die Interesseformel nur eine Ausdehnung der Ersatzfolgen, niemals deren Beschränkung im Auge gehabt habe ².

Zur Begründung seiner Auffassung weist Neuner ³ auf eine Reihe von Fällen hin, in denen die Differenztheorie überhaupt nicht durchführbar sei und auch von der herrschenden Meinung nicht durchgeführt werde oder in denen sie zum mindesten auf große Schwierigkeiten stoße. Als wesentlichstes Argument für seinen objektiven Schadensbegriff führt er jedoch die angeblich rechtsverfolgende Funktion des Schadensersatzanspruches an, die dem Geschädigten den Wert des in der anspruchsbegründenden Norm geschützten Rechtes gewährleisten solle:

Der auf Erfüllung verklagte Schuldner könne sich vorbehaltlich des § 242 BGB nicht darauf berufen, daß die Geldopfer, die die Leistung von ihm verlange, größer seien als der objektive Wert der Leistung oder das - ver-

¹ Neuner aaO, S. 278.

² Wilburg JherJb 82, 51, 128. Vgl. auch Larenz SchR I, § 29 I b, S. 446: Die Ausdehnung der Ersatzpflicht auf den Vermögensfolgeschaden, der durch die Berücksichtigung des "subjektiven Wertes" erreicht werden soll, bezweckt nicht zugleich eine Beschränkung oder den Fortfall des Schadensersatzes für das unmittelbar geschädigte Objekt in den Fällen, in denen das Interesse des Ersatzberechtigten an ihm hinter dessen objektiven Wert zurückbleibt.

³ AaO, S. 279 ff.

mögensmäßige - Interesse des Gläubigers oder daß dieses Interesse geringer sei als der objektive Wert ¹. Der Eintritt einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit könne aber keine Verbesserung der Stellung des Schuldners zur Folge haben ². Diesem müsse daher auch dann, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten habe, die Berufung darauf, daß das Vermögensinteresse des Gläubigers geringer sei als der objektive Wert der Leistung, versagt werden ³. Der Gläubiger eines Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung müsse mindestens den objektiven Wert der Leistung erhalten, weil erst dann die Obligation gegen Rechtsverletzungen wirklich gefestigt sei.

Die rechtsverfolgenden Klagen (Herausgabeklage mit ihren Nebenansprüchen, Beseitigungsklage, Unterlassungsklage) genügten selbst bei weitestgehender Anwendung des § 1004 BGB nicht zum Schutz der absoluten Rechte ⁴. Nicht erfaßt würden etwa die Fälle der Zerstörung, der irreparablen Sachbeschädigung und des in der Vergangenheit liegenden Gebrauchsentzugs. Hier müsse der Deliktsanspruch eingreifen, dessen Zweck also in erster Linie Sanktion des absoluten Rechts und des ihm entsprechenden Zustandes sei ⁵.

¹ AaO, S. 293.

² AaO, S. 293 f.

³ AaO, S. 294.

⁴ AaO, S. 303.

⁵ AaO, S. 303 f.

Vorbehaltlich des § 251 Abs. 2 BGB (analog) und des Einwandes der Schikane könne sich weder der Störer bei den "eigentlich rechtsverfolgenden Klagen" ¹ noch der Schuldner eines auf Naturalrestitution gerichteten Deliktsanspruches auf den Mangel des Vermögensinteresses des Gläubigers im Sinne der Differenztheorie berufen ². Nicht einzusehen sei, daß der Schuldner sich hingegen auf dieses Fehlen eines Vermögensinteresses solle berufen können, wenn Naturalrestitution unmöglich und deshalb Geldersatz zu leisten sei ³.

Bei vorübergehendem Gebrauchs- und Nutzungsentzug einer Sache oder eines Rechts sei, wenn die entzogene Nutzung als Gegenstand des Vermögensverkehrs gelte, deren Wert dem Rechtsinhaber zu ersetzen ⁴. Dieser Wert bestimme sich nach der ortsüblichen oder angemessenen Miete ⁵. Ob der Berechtigte die Sache wirklich benutzt hätte und ob er sich während der Zwischenzeit eine Ersatzsache gemietet habe oder nicht, sei ohne Bedeutung; auf die persönlichen Verhältnisse des Berechtigten komme es nur an, wenn er mehr als diesen Mietwert

¹ Zu dieser etwas gewundenen Ausdrucksweise sieht sich Neuner dadurch veranlaßt, daß er von der rechtsverfolgenden Natur der meisten Schadensersatzansprüche ausgeht (aaO, S. 292); gemeint sind die negatorischen Klagen, etwa gemäß §§ 12, 1004 BGB (Schulte S. 27 Fn. 12).

² AaO, S. 305 f.

³ AaO, S. 306.

⁴ AaO, S. 308.

⁵ AaO, S. 295 und S. 309.

verlange, weil er etwa Gelegenheit zu einer ihm ganz besonders günstigen Vermietung gehabt habe ¹.

2.) Kritik

Diese Lehre vom objektiven Schaden unterliegt schon deshalb Bedenken, weil der Schadensbegriff des BGB ein eindeutig anderer, nämlich ein subjektiver, ist. Das ergibt insbesondere § 252 BGB, wonach Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns nur dann zu leisten ist, wenn ein konkreter, sich gerade im Vermögen des Geschädigten als Lücke darstellender Schaden entstanden ist ².

Was die Lösung der von Neuner angeführten Spezialprobleme betrifft, so ist die neuere Rechtsentwicklung überwiegend zu anderen Differenzierungen gelangt ³.

Als wenig tragfähig erweist sich bei genauerer Betrachtung das Argument, dem Schädiger müsse die Berufung auf den Mangel des Vermögensinteresses des Gläubigers bei der Kompensation genauso verwehrt sein, wie das bei der Restitution der Fall sei ⁴. Verkannt wird dabei nämlich die Bedeutung der den Anspruch auf Restitution einschränkenden Vorschrift des § 251 Abs. 2 BGB: Je geringer die Vermögensdifferenz ist, die die Rechtsgutsverletzung hervorgerufen hat,

¹ AaO, S. 309.

² Tolk S. 99.

³ Lange § 1 II 2, S. 21.

⁴ Vgl. oben S. 39 bei Fn. 2 f.

umso näher liegt es, die zur Restitution erforderlichen Aufwendungen als unverhältnismäßig im Sinne dieser Vorschrift - in deren Rahmen auch ideelle Interessen des Geschädigten mit zu berücksichtigen sind ¹ - anzusehen. Bestehen nun auf Seiten des Geschädigten überhaupt keine Vermögensinteressen, so sind im Rahmen der gemäß § 251 Abs. 2 BGB vorzunehmenden Abwägung der beiderseitigen Belange auf Seiten des Geschädigten dann allein dessen ideelle Interessen zu berücksichtigen; Restitution kann in einem solchen Fall nur verlangt werden, wenn die ideellen Interessen des Geschädigten höher einzustufen sein sollten als die - regelmäßig materiellen - Belange des Schädigers. Vergleicht man - wie Neuner das tut ² - damit die Lage des Gläubigers eines Kompensationsanspruchs, der nach der Differenztheorie bei mangelndem Vermögensinteresse leer ausgeht, so läßt sich eine ungerechtfertigte Schlechterstellung im letzteren Fall nicht feststellen: Materielle Interessen scheiden ja aus, und immaterielle sind bei der Kompensation kraft Gesetzes nur in den besonders bestimmten Fällen zu berücksichtigen (§ 253 BGB).

Nicht zu überzeugen vermag auch die Herleitung des objektiven Schadensbegriffs aus einer angeblich rechtsverfolgenden Natur des Schadensersatzanspruches. Allerdings bezweckt der Schadensersatz in vielen Fällen, dem Verletzten einen Ausgleich gerade für den Verlust oder die Beeinträchtigung eines subjektiven Rechts

¹ Lange § 1 IV 3, S. 31 und § 5 VIII 1, S. 155.

² Vgl. oben S. 39 bei Fn. 2 f.

(§ 823 Abs. 1 BGB) oder dafür zu verschaffen, daß sein vertraglich gesichertes Interesse an der Erfüllung seines Anspruchs nicht befriedigt worden ist ("Schadensersatz wegen Nichterfüllung"), so daß man sagen kann, in diesen Fällen trete der Schadensersatzanspruch für den Geschädigten an die Stelle seines verletzten Rechts oder des nicht erfüllten Primäranspruchs¹. Das verletzte Recht oder Rechtsgut, der nicht erfüllte und auch nicht mehr erfüllbare Primäranspruch setzt sich in ihm gleichsam fort, so daß keine Bedenken bestehen, den Rechtsverfolgungsgedanken (auch Rechtsfortsetzungsgedanke genannt) als einen im Ausgleichsgedanken, von dem das Gesetz sowohl nach seiner Entstehungsgeschichte² als nach dem objektiven Sinn der anspruchsbegründenden Normen ausgeht³, enthaltenen Aspekt anzuerkennen⁴. Jedoch kann diesem Gedanken für die Bestimmung des Schadensbegriffs und des Inhalts der Schadensersatzschuld kein Eigenwert neben dem Ausgleichsgedanken zuerkannt werden⁵. Das Gesetz läßt nämlich die Rechtsverletzung für das Entstehen einer Ersatzverbindlichkeit nicht genügen, sondern fordert zusätzlich, daß durch sie ein Schaden entstanden ist, so daß es nicht angeht, in jeder Rechtsverletzung a limine eine relevante

¹ Larenz SchR I, § 27 I, S. 394.

² Vgl. Mugdan Mot. II, S. 10.

³ Lange § 1 II 2, S. 21.

⁴ Larenz aaO, S. 394 f.; Lange Einl. III 2, S. 7 f.

⁵ Lange aaO, S. 8.

Schädigung zu erblicken¹. Der Rechtsfortsetzungsgedanke darf also nicht zur Begründung von Ergebnissen mißbraucht werden, die sich mit dem Ausgleichsprinzip als dem "Leitgedanken des Schadensersatzrechts"² nicht vereinbaren lassen. Ausdruck dieses Prinzips aber ist insbesondere § 252 BGB, wonach entgangener Gewinn nur zu ersetzen ist, wenn er aufgrund der getroffenen Anstalten und Vorkehrungen zumindest mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Wenn Neuner nun aber in den hier vor allem interessierenden Fällen des Gebrauchsentzuges einen Schaden in Höhe des objektiven Wertes einer Gebrauchsüberlassung, dargestellt durch den ortsüblichen oder den angemessenen Mietzins, bejaht, behandelt er jeden an der Sachnutzung verhinderten Gebrauchsberechtigten wie einen Vermieter, gleich ob er Anstalten zur Vermietung getroffen hatte oder nicht. Damit aber wird gegen die in § 252 BGB enthaltene Wertung, daß der Verlust der abstrakten, vom Berechtigten nicht mit Wahrscheinlichkeit ausgenutzten Gewinnerzielungsmöglichkeit keinen Vermögensschaden darstellt, und damit letztlich gegen das schadensrechtliche Ausgleichsprinzip, als dessen Konkretisierung sich § 252 BGB darstellt, verstoßen. Zudem haben Gebrauchsvorteile - anders als etwa Früchte (§ 99 BGB) - Geldwert nicht - und vollends nicht denselben - für jedermann, sondern stellen lediglich einen subjektiv-wirtschaftlichen Vorteil dar, dessen Umsetzung in Geld ganz von den individuellen

¹ Lange aaO und § 1 II 2, S. 21; Mertens S. 53 f.

² Ströfer S. 51 mwN in Fn. 35.

Verhältnissen des Berechtigten abhängt ¹.

Die Grundlegung des objektiven Schadens auf die rechtsverfolgende Natur des Schadensersatzanspruchs vermag auch deswegen nicht zu überzeugen, weil schon Neuner selbst diese nicht durchgehend beachtet, indem er den Bereich des objektiven Schadens nicht auf das verletzte Recht beschränkt ². Allerdings führt er zunächst aus, daß Folgeschäden, auch wenn sie sich ihrerseits als Rechtsverletzungen darstellten, nicht nach dem objektiven Wert der verletzten Rechte, sondern nach der Differenztheorie zu berechnen seien; dann nämlich sei nicht das Recht als solches zu wahren ³.

Mit dieser Betonung der Abhängigkeit des objektiven Schadens von der rechtsverfolgenden Natur des Schadensersatzanspruches unvereinbar ist jedoch die nachfolgende Definition des Schadens als Verletzung oder Entzug eines "vermögenswerten Gutes" ⁴. Damit nämlich bleibt der objektive Schaden nicht auf die verletzten Rechte selbst beschränkt, sondern findet zugleich Anwendung bei der Verletzung vermögenswerter Güter wie etwa der Beheizung eines Hauses oder der Möglichkeit, ein Pferd zu reiten ⁵. Bei konsequenter Beachtung der rechtsverfolgenden Natur des Schadensersatz-

¹ Stoll JZ 78, 797, r. Sp.

² Keuk S. 47.

³ Neuner aaO, S. 296.

⁴ AaO, S. 306.

⁵ Keuk aaO unter Hinweis auf Neuner aaO, S. 306 und 309. Zu den hier von Neuner angesprochenen Fällen vgl. unten D I, 1 und 2, S. 111 ff.

anspruches als der Grundlage des objektiven Schadens hingegen wäre ein objektiv zu bemessender Schadensersatzanspruch in den Fällen des Nutzungsausfalles gerade zu verneinen. Durchaus zu Recht wendet sich daher Bydlinski ¹ als ein Anhänger der Lehre vom objektiven Schaden mit Nachdruck gegen eine abstrakte Nutzungsentschädigung ².

Gegen die Zugrundelegung eines objektiven Schadensbegriffes spricht auch, daß damit enorme Schwierigkeiten bei der Schadensberechnung verbunden wären. Einer ganz allgemeinen objektiven Bestimmung des Schadensbegriffs, aber auch einer Objektivierung von größeren Teilbereichen steht entgegen, daß sich ein allgemein verbindlicher Preis - schon im Hinblick auf die Mehrstufigkeit unseres Wirtschaftssystems - oft nicht ermitteln läßt ³. Zudem besteht über die Kriterien zur Bestimmung des gemeinen Wertes (z.B. Wiederbeschaffungspreis, Verkaufspreis) keine Einigkeit ⁴.

Da die Lehre vom objektiven Wert als dem Mindestschaden zudem auch noch auf eine ungerechtfertigte Bevorzugung der Sach- vor den Körperschäden hinausläuft, weil letztere nur subjektiv bestimmt werden können ⁵, erscheint sie nicht als zur Problemlösung geeignet.

¹ S. 32.

² Stoll JuS 68, 504, 510, bei Fn. 46.

³ Lange § 1 IV 2, S. 29.

⁴ Lange § 6 I, S. 163 mwN in Fn. 5 f.

⁵ Lange aaO, S. 165.

IV.) Der Frustrierungsgedanke ¹

1.) Überblick

Nach einer auf v. Tuhr ² zurückreichenden, mit der Diskussion um die Gewährung einer abstrakten Nutzungsausfallentschädigung verstärkt in den Blickpunkt des Interesses gelangten ³ und heute in der Literatur weit verbreiteten ⁴ Auffassung ist die Frage, ob im Falle des Verlustes von Sachgebrauchsvorteilen, Genußmöglichkeiten und Annehmlichkeiten ein gemäß § 251 Abs. 1 BGB zu kompensierender Vermögensschaden vorliegt, unter Berücksichtigung der gemachten oder der zu machenden Aufwendungen zu beantworten. Für diesen Ansatz spreche u.a. ⁵, daß er regelmäßig eine klare Schadensbezeichnung erlaube ⁶, daß sich letzten Endes hinter jedem Ausgleich für Sach- und damit eben auch

¹ Zuerst verwendet wurde dieser Begriff wohl von Bötticher (VersR 66, 301, 302 Fn. 3).

² AT, I, § 18 II, S. 320 Fn. 33a; KritVJSchr 47, 63, 65. Vgl. aber auch schon v. Jhering, JherJb 18, 1, 48: Eine Aufwendung von Geld für gewisse Vorzüge oder Genüsse macht die entsprechende Position vermögenswert, ihre Einbuße stellt also nicht nur einen Schaden "in der Passion", sondern auch im Vermögen dar.

³ Vgl. die Aufsätze von Löwe VersR 63, 307 und NJW 64, 701 sowie Larenz VersR 63, 312.

⁴ Vgl. die Nachweise bei Lange § 6 IV, S. 169 Fn. 28.

⁵ Vgl. weiter Brinker S. 221 f.

⁶ Larenz FG Oftinger, S. 151, 169.

Nutzungseinbußen der Frustrierungsgedanke verberge ¹, daß er allein in der Lage sei, die - angesichts der Subjektsbezogenheit des Schadens unhaltbare - Differenzierung nach objektsbezogenen und anderen Eingriffen zu überwinden ², und daß er besser mit den Schwierigkeiten fertig werde, Positionen wie z.B. Gebrauchsvorteile unabhängig von der Rechtsform ihrer Zuweisung ersatzfähig zu machen ³.

2.) Die Auffassung v. Tuhrs

Nach der Auffassung v. Tuhrs verwandeln sich Aufwendungen nachträglich in Schäden, wenn der mit ihnen verfolgte Zweck vereitelt wird ⁴. Zur Begründung verweist er auf die Lage beim Ersatz des negativen Interesses: dort unterliege es überhaupt keinen Bedenken, daß Aufwendungen (etwa Kosten des Vertragsschlusses, Transportkosten) sich nachträglich zu einem Schaden verwandelten, wenn die Gegenseite den Vertrag anfechte ⁵. Dabei übersieht v. Tuhr allerdings, daß das Schadensereignis im Falle des § 122 BGB nicht einfach die Anfechtung, sondern das Setzen eines sich als nicht tragfähig erweisenden Vertrauenstatbestandes ist.

¹ Esser-Schmidt § 31 III 3, S. 148.

² Alternk-Rußmann Vor §§ 249 Rdnr. 35; Esser-Schmidt § 31 III 2, S. 146.

³ Esser-Schmidt aaO, S. 145; Alternk-Rußmann aaO, Rdnr. 33.

⁴ AaO (S. 46 Fn. 2).

⁵ V. Tuhr KritVJSchr 47, 63, 65 f.; in diesem Sinne auch Esser-Schmidt § 31 III 3, S. 147.

Dieser Vorgang aber beginnt bereits mit der Abgabe der anfechtbaren Willenserklärung, so daß es sich bei den erwähnten Kosten um nichts anderes als echte Folgen des Schadensereignisses und nicht bloß um Aufwendungen handelt, die der Schadensfall nur ihres Zweckes beraubt hat ¹. Soweit es um den Ersatz von Vertrauensschäden geht, entspricht es schon der Differenzhypothese, die auszugleichende Vermögensdifferenz gerade im Hinblick auf die Vermögenslage zu ermitteln, die sich ergeben hätte, wenn der Gläubiger auf das Zustandekommen des Vertrages nicht vertraut und daher die Aufwendungen, deren Zweck später vereitelt wird, nicht gemacht hätte ².

3.) Neuere Ansätze zur Überwindung der fehlenden Kausalität

Der wohl wesentlichste Punkt der Kritik seitens der Gegner des Frustrierungsgedankens war seit jeher der, daß die in Betracht kommenden Aufwendungen überhaupt nicht durch den Schadensfall bedingt seien, es mithin am Kausalzusammenhang - selbst im Sinne der weiten Äquivalenz-

¹ Zeuner AcP 163, 380, 394; Lange § 6 IV, S. 169; Küppers VersR 76, 604, 606, r. Sp.; a.A. Werber (AcP 173, 158, 177), der zu Unrecht auf das die Haftung auslösende Ereignis, die Anfechtungserklärung, nicht auf den Haftungsgrund, d.h. das Setzen des Vertrauensstatbestandes abstellt. Aus diesem Vertrauensstatbestand nämlich ergibt sich die bereits im Zeitpunkt der Disposition bestehende Pflicht des einen Vertragsteils, dafür zu sorgen, daß ganz bestimmte Dispositionen seines Vertragspartners ihren Erfolg erreichen (Küppers S. 84).

² BGHZ 71, 234, 237 f.; TolK S. 87.

theorie - zwischen schädigendem Ereignis und dem, was als Schaden angesehen werde, fehle ¹. Diesem Einwand begegnen die Anhänger des Frustrierungsgedankens mit dem Hinweis, es sei gerade das bewußte und gewollte Anliegen dieser Lehre, sich über das Fehlen der Kausalität hinwegzusetzen und die Aufwendungen dem Schaden gleichzubehandeln ². Es gehe gar nicht darum, diese Aufwendungen als Schaden, sondern nur darum, sie gleich wie einen Schaden anzusehen ³.

Löwe hielt eine solche Gleichbehandlung aus Billigkeitsgründen für angebracht ⁴. Indem er jedoch zugleich einräumte, daß damit eine "gewisse Aufweichung der Differenzlehre" wie auch des "strengen Kausalitätsbegriffes" verbunden sei ⁴, gab er zu erkennen, daß - wie Larenz ⁵ zu Recht beanstandete - er selbst seine Lösung mit einem gesetzes-treuen Denken nicht wohl für vereinbar hielt.

Diese Kritik veranlaßte Löwe später, den Gedanken des § 1298 BGB zur Rechtfertigung der Analogie heranzuziehen ⁶. Jedoch wird man auch aus dieser Vorschrift nicht zugunsten des

¹ Küppers VersR 76, 604, 606, r. Sp. mwN in Fn. 25; Lange § 6 IV, S. 169.

² Werber AcP 173, 158, 177; ihm folgend Deutsch S. 446.

³ Larenz VersR 63, 312, 313, 1. Sp.

⁴ Löwe VersR 63, 307, 310, r. Sp.

⁵ AaO, S. 312, r. Sp.

⁶ Löwe NJW 64, 701, 704, r. Sp.

Frustrierungsgedankens ableiten können, dem BGB selbst sei die Vorstellung nicht fremd, vergeblich gemachte Aufwendungen seien wie Schäden zu ersetzen ¹. Es handelt sich dabei nämlich um eine atypische Regelung, mit der das Interesse des Berechtigten daran, daß er die Aufwendungen als - wie sich später herausgestellt hat - sinnlose nicht gemacht hätte, geschützt wird ². Daß in dieser speziellen Vorschrift der Frustrierungsgedanke expressis verbis enthalten ist, legt sogar im Gegenteil den Schluß nahe, vergebliche Aufwendungen stellten grundsätzlich keinen Schaden i.S.d. §§ 249 ff. BGB dar. Nicht überzeugend ist die Analogie zu § 1298 BGB auch deshalb, weil es dort - der Ersatzberechtigte ist durch einen vom Ersatzpflichtigen geschaffenen Vertrauenstatbestand zu den Aufwendungen veranlaßt worden - wiederum um den Ersatz von Vertrauensschaden geht, so daß sich das Vorliegen eines Vermögensschadens - anders als bei rein deliktischer Schädigung - schon unter Zugrundelegung der Differenzmethode ergibt ³.

Larenz versuchte die Gleichsetzung von Vermögensschäden und von infolge des Verhaltens eines anderen zwecklos gewordenen Vermögensaufwendungen im Schadensrecht damit zu begründen, daß letztere zwar freiwillig erbracht, aber als zwecklose nicht gewollt und nicht

¹ So aber Löwe aaO.

² Keuk S. 247 Fn. 76.

³ Vgl. Lange § 6 IV, S. 169; auch schon oben S. 48, bei Fn. 2.

gemacht worden wären ¹. Indem die nicht mehr rückgängig zu machende Aufwendung nutzlos werde, sei derjenige, der sie gemacht habe, gewissermaßen zu etwas "genötigt", was nicht in seiner Willensrichtung lag, nämlich zu einer nutzlosen Aufwendung. In diesem Moment des nachträglichen "Genötigtseins" zu etwas, was man so nicht gewollt hätte, liege die Gemeinsamkeit, die eine Analogie mit dem Schaden als der unfreiwilligen Einbuße rechtfertige.

Dem ist mit Zeuner ² freilich entgegenzuhalten, daß im Falle der nachträglichen Zweckvereitelung nicht die Ausgabe als solche, sondern lediglich der erst später eintretende Zustand der Unerreichbarkeit des erstrebten Zieles das wirklich Unfreiwillige ist. Bejahte man dennoch die Analogie, so stellte man die Lage im wesentlichen derjenigen gleich, die sich ergäbe, wenn der Haftungsgrund im enttäuschten Vertrauen auf den Nichteintritt eines zweckvereitelnden Ereignisses läge ³. Enttäushtes Vertrauen kommt jedoch als Haftungsgrund allein in den Fällen vertraglicher Schadensersatzhaftung in Betracht; in den Fällen deliktischer Schädigung, die Larenz insbesondere im Auge hatte, hat der Schädiger dagegen mit den Aufwendungen nichts zu tun ⁴.

¹ VersR 63, 312, 313, 1. Sp.; anders nunmehr (seit der 11. Aufl.) in SchR I, vgl. 13. Aufl., § 29 II c, S. 461.

² AcP 163, 380, 394.

³ Zeuner aaO.

⁴ Tolk S. 110.

4.) Das Abstellen auf den Verlust des Äquivalents

In neuerer Zeit wird verschiedentlich ¹ als maßgeblich nicht der durch die fraglichen Aufwendungen bedingte Vermögensverlust angesehen, sondern der Verlust des erkaufte Äquivalents, das als standardisierter Genuß oder als - nicht nachholbarer - Gebrauchsvorteil im Geschäftsleben nach Marktgrundsätzen gehandelt werde und folglich Vermögenswert habe. Ein Kausalitätsproblem stellt sich damit nicht ². Als Vorteil dieser den Frustrierungsgedanken einbeziehenden Ausgleichskonzeption ³ führt E. Schmidt an, damit werde die vermögensmäßige Bewertung auch solcher Interessen und Positionen, die isoliert nur als immaterielle erschienen, ermöglicht, indem entsprechend der ökonomischen Realität Aufwendung und erstrebtes Äquivalent in eins gesehen werde ⁴. Zugleich liefere der Frustrierungsgedanke auch den Maßstab für die Festlegung des jeweiligen Ersatzumfanges und hindere damit die Anerkennung bloß individuell-subjektiver Affektionen als Vermögensposten ebenso, wie er die Kompensation auf dem Boden der überkommenen Differenzhypothese garantiere. In diesem Rahmen richte sich die Höhe des Ersatzan-

¹ Grundlegend E. Schmidt, Athenäum § 8 III 3 d, S. 572; derselbe in Esser-Schmidt § 31 III 1, S. 144 und in JuS 80, 636, 639, 1. Sp.; Alternk-Rußmann Vor §§ 249 Rdnr. 33.

² Esser-Schmidt aaO.

³ E. Schmidt versteht seine Auffassung als eine Koppelung von Frustrierungs- und Kommerzialisierungsthese (JuS 80, 636, 641).

⁴ Esser-Schmidt § 31 III 4, S. 149.

spruchs grundsätzlich nach derjenigen der vergeblich gewordenen Aufwendungen. Das sei freilich nur ein erster Anhaltspunkt. Sei der Wert des fraglichen Äquivalents in der Zeit seit dessen Erwerb gestiegen oder gesunken, so sei dies zu berücksichtigen; insoweit gelte nichts anderes als bei der Behandlung von Sachverlusten. Schließlich verstehe es sich von selbst, daß ein unentgeltlicher Erwerb den Ersatzanspruch nicht ausschließe. Einen dahingehenden Einwand brauche sich ja auch ein Sacheigentümer nicht gefallen zu lassen.

Mit dem Abstellen auf das - im Hinblick auf die getätigten Vermögensaufwendungen als Vermögenswert betrachtete - Äquivalent der Aufwendungen ist jedoch der Frustrierungsgedanke völlig preisgegeben und restlos im Kommerzialisierungsgedanken ¹ aufgehoben ².

Nicht zu überzeugen vermag es ferner, wenn E. Schmidt ³ aus dem Umstand, daß die bei der Schadensbeseitigung und -minderung dem Geschädigten entstandenen Kosten bei adäquatem Kausalzusammenhang mit dem Schadensereignis als

¹ Dazu unten V., S. 66 ff.

² Lange § 6 IV, S. 169 Fn. 29; ebenso Larenz, der neuerdings (SchR I seit 11. Aufl., vgl. 13. Aufl., § 29 II c, S. 460 f.) einerseits wie E. Schmidt als Schaden erst den Entzug des "erkauften" - und deshalb, weil es einen "Preis" hat, als ein "Vermögensgut" anzusehenden - Gutes ansieht, andererseits aber ausdrücklich betont, den Frustrierungsgedanken aufgeben zu haben.

³ Athenäum § 8 III 3 c.

Vermögensschäden zu ersetzen sind ¹, schließen will, daß der Schadensersatz durchaus auch freiwillig gemachte Aufwendungen umfassen könne und deshalb das Moment der Freiwilligkeit kein entscheidendes Abgrenzungskriterium sei. Allerdings beruhen auch die zum Zwecke der Schadensbeseitigung oder -minderung gemachten Aufwendungen auf einem eigenen Entschluß des Geschädigten; jedoch steht dieser in einem solchen Fall - anders als bei der Vornahme der sich später als nutzlos erweisenden Aufwendungen - infolge der Auswirkungen des Schadensereignisses unter einem faktischen oder sogar rechtlichen (vgl. § 254 Abs. 2 BGB) Zwang, das Vermögensopfer zu erbringen ².

Als Begründung für seine Auffassung führt E. Schmidt ³ ferner an, daß, wer beim vertraglichen Austauschgeschäft Geld hingebe, um sich einen Gegenstand, einen Genuß etc. zu "erkaufen", im Falle des pflichtwidrigen Ausbleibens der versprochenen Leistung bei seinem Partner den nutzlos aufgewendeten Betrag und daneben die im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemachten weiteren Aufwendungen (z.B. Reisekosten zwecks Abholung der Sache, zwecks Besuchs einer Veranstaltung etc.) als Schaden liquidieren könne. Jedoch steht nach der Rechtsprechung, die E. Schmidt hier im Auge hat ⁴, dem Schuldner der Beweis dafür

¹ Tolk S. 105 mwN in Fn. 62.

² Tolk aaO.

³ Athenäum § 8 III 3 d, S. 572.

⁴ Vgl. etwa RGZ 127, 245, 248; BGHZ 57, 78, 80; 71, 234, 238 f.

offen, daß sich der Vertrag bei ordnungsgemäßer Durchführung für den Gläubiger als Verlustgeschäft erwiesen hätte ¹. Kann somit der Schuldner den das höhere negative Interesse fordernden Gläubiger auf das niedrigere Erfüllungsinteresse beschränken ², so erweist sich diese Rechtsprechung als schlichter Anwendungsfall der Differenzhypothese ³. Die Rentabilitätsvermutung begründet lediglich eine - über § 252 BGB hinausgehende - Darlegungs- und Beweiserleichterung, führt aber nicht zu einer Erweiterung des in § 252 BGB vorausgesetzten Schadensbegriffs im Sinne der Differenzhypothese ⁴.

Trägt somit die angeführte Überlegung E. Schmidts schon im Vertragsrecht nicht, so um soviel weniger im Deliktsrecht. E. Schmidt ⁵ will sie gleichwohl auf die Fälle deliktischer Schädigung übertragen, da auch dort der Geschädigte die Aufwendungen praktisch "abschreiben" müsse, so daß ein Grund für eine abweichende Behandlung nicht ersichtlich sei. Dabei wird jedoch übersehen, daß anders als im vertrag-

¹ Diesen Gesichtspunkt stellt Tolk (S. 88) nicht deutlich genug heraus.

² Nicht berechtigt ist daher die Kritik von Keuk (S. 155 - 161), die bemängelt, diese Rechtsprechung stelle es dem Gläubiger frei, im Rahmen des Erfüllungsinteresses beliebig das möglicherweise höhere negative Vertragsinteresse zu fordern.

³ BGHZ 71, 234, 239.

⁴ BGH aaO.

⁵ Athenäum § 8 III 3 d, S. 572.

lichen Bereich, wo die "frustrablen" Aufwendungen immerhin einigermaßen eingegrenzt und bestimmt sind ¹, im Fall deliktischer Schädigung praktisch das ganze Potential des Geschädigten "frustriert" werden kann ². Im deliktischen Bereich können daher auch nur objektiv meßbare Wertrelationen in ihrer Zuordnung auf das Subjekt geschützt werden ³.

5.) Schwierigkeiten bei der Anwendung des Frustrierungsgedankens

Läßt sich der Frustrierungsgedanke nach dem bisher Ausgeführten wohl kaum in das geltende Schadensrecht dogmatisch einfügen, so wirft auch seine Anwendung bei der Schadensfeststellung und -berechnung eine Vielzahl von Fragen auf.

Konsequent zu Ende gedacht bedeutete der Frustrierungsgedanke, daß alle Aufwendungen, die nicht in der gewünschten Weise das Äquivalent einbrächten, ersatzfähige Schäden darstellten ⁴. Ziel des Ersatzes von Frustrierungsschäden ist es nämlich, die planmäßige Erfüllung der Dispositionen des Vermögenssubjekts sicherzustellen, ohne daß diese an den Kriterien der Vernunft oder der sozialen

¹ A.A. Tolk S. 111 f.: durch den Vertragsinhalt genau eingegrenzt und bestimmt. Vgl. unten S. 57, bei Fn. 3.

² Tolk aaO.

³ Tolk S. 112.

⁴ Tolk S. 114.

Konvention gemessen werden dürften ¹; auf letzterem beruht gerade die universelle Verwendungsfähigkeit der Frustrierungslehre ².

Dem Grundgedanken der Frustrierungslehre entspräche es also, die gemachten Aufwendungen auch dann zu ersetzen, wenn sich das Geschäft bei seiner Durchführung als für den Gläubiger nachteilig, die gemachten Aufwendungen als zu hoch erwiesen hätten. Danach müßte auch derjenige, der zu einem Pop-Konzert 250 km mit dem Taxi gefahren ist, dem Veranstalter, durch dessen Verschulden das Konzert nicht stattfinden konnte, die Taxifahrt in Rechnung stellen können. Die "frustrablen" Aufwendungen lassen sich also schon im vertraglichen Bereich kaum genau eingrenzen und bestimmen ³.

Im deliktischen Bereich entfallen dann aber auch noch diejenigen Grenzen für die frustrablen Aufwendungen, die sich im vertraglichen Bereich immerhin aus dem Inhalt und Zweck des Vertrages sowie dem Wert der entgangenen Gegenleistung ableiten lassen könnten, so daß dort "praktisch das ganze Potential des Geschädigten frustriert werden kann" ⁴.

Freilich stellt jede Einführung von Begrenzungskriterien eine systemwidrige, mit der Grundkonzeption an sich unvereinbare Ein-

¹ TolK S. 113.

² Küppers VersR 76, 604, 606, r. Sp.

³ A.A. TolK S. 111 f. (vgl. oben S. 56 Fn. 1).

⁴ TolK S. 112.

schränkung der Frustrierungslehre dar ¹.
Im Hinblick auf die bei - vom Ansatzpunkt des Frustrierungsgedankens aus freilich durchaus folgerichtiger - Bejahung der Ersatzfähigkeit der Aufwendungen auch bei persönlicher Nutzungsverhinderung ² unausweichlich eintretende "höchst unerwünschte Ausdehnung der Schadensersatzpflicht" ³ wird eine generelle Gleichsetzung fehlgeschlagener Aufwendungen mit als rechnerische Vermögensdifferenz nachweisbaren Schäden indes nirgends befürwortet ⁴. Larenz ⁵ unterschied zwischen den nicht erstattungsfähigen Aufwendungen für die normale Lebensführung und dem erstattungsfähigen besonderen Aufwand für einen einzelnen bestimmten Zweck. Unklar ist jedoch, ob für die Abgrenzung zwischen normaler Lebensführung und besonderem Aufwand ein individueller, den Lebensstil des konkret Betroffenen berücksichtigender Maßstab ⁵ oder ein objektiv-

¹ Tolk S. 114; Küppers VersR 76, 604, 606; Werber AcP 173, 158, 179 f.

² So etwa Larenz FG Oftinger S. 151, 162 f.; E. Schmidt Athenäum § 8 III 3 d, S. 573; Esser-Schmidt § 31 III 2, S. 146; a.A. Hansen S. 78 und neuerdings - im Anschluß an die Entscheidungen BGHZ 55, 146 (dazu unten D II 3 a, S. 153 ff.) und BGHZ 63, 203 (dazu unten D II 1 1, S. 137 ff.) - Larenz (SchR I, ab 11. Aufl., vgl. 13. Aufl., § 29 II c, S. 460 f.), der deshalb auch vom Frustrierungsgedanken insgesamt abgerückt ist (aaO, S. 461).

³ Larenz FG Oftinger, S. 151, 163.

⁴ Köndgen AcP 177, 1, 27.

⁵ So wohl Larenz aaO.

genereller ¹ heranzuziehen ist. Auch führt eine solche Unterscheidung, wie auch immer sie vorgenommen wird, zu einer ungerechtfertigten Begünstigung des Luxusaufwandes ². Zudem sind die Grenzen zwischen "normalem" und "besonderem" Aufwand durchaus fließend ³. Eine überzeugende Begründung für die vorgenommene Unterscheidung wird nicht gegeben. Nicht einzusehen ist auch, warum derjenige, der den "Abschuß eines Hirsches" gekauft hat, im Falle der Frustrierung dieser Aufwendung vollen Schadensersatz verlangen können, derjenige hingegen, der einen lang-jährigen Jagdpachtvertrag abgeschlossen hat, leer ausgehen soll ⁴.

Gerade im Deliktsrecht, dessen Schutz dem einzelnen einen Anspruch darauf gibt, daß die Integrität seines Bereiches gewahrt wird, können nur objektiv meßbare Wertrelationen in ihrer Zuordnung auf das Subjekt geschützt werden ⁵. Die dort durch den Frustrierungsgedanken drohende Gefahr eines Dammbrechens mit unübersehbaren Konsequenzen, einer uferlosen Erweiterung der Schadensersatzpflicht

¹ So E. Schmidt, Athenäum aaO, der vom Aufwand zur Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse spricht.

² Köndgen aaO S. 29 Fn. 149.

³ Vgl. das Beispiel von Tolk S. 115.

⁴ Baur FS Raiser, S. 119, 136.

⁵ Tolk S. 112 im Anschluß an Weyers, Begriff, S. 56.

glaubt Köndgen ¹ dadurch bannen zu können, daß er - in Fortführung eines von Diederichsen ² entwickelten Gedankens - die Ersatzfähigkeit von Frustrierungsschäden an die Reichweite des verletzten Interesses bindet: Würde eine Körperverletzung zum Ausgangspunkt für Sachnutzungsfrustrationen, so wäre entgegen dem BGB statt differenzierten Rechtsgüterschutzes globaler Vermögensschutz gewährt. Frustrierungsschäden seien primär allgemeine Vermögensschäden, deren Liquidation das Deliktsrecht grundsätzlich gerade nicht erlaube ³. Der Frustrierungsgedanke sei deshalb im Deliktsrecht legitim nur, wo die fehlgeschlagene Aufwendung in einem teleologischen Zusammenhang mit dem verletzten Recht oder Rechtsgut gestanden habe. Der frustrierte Aufwand müsse daher dem Erwerb, der Erhaltung oder der sinnvollen Ausübung des verletzten Rechts gedient haben. Nur ein solcher Aufwand teile auch die - aus der Schädigerperspektive unverzichtbare - soziale Evidenz des deliktisch geschützten Rechtsguts.

Gegen diese vordergründig überzeugende Gedankenführung bestehen indes erhebliche Bedenken aus dogmatischer Sicht. Allerdings ist es selbstverständlich richtig, daß durch die Vorschriften des Deliktsrechts kein globaler Vermögensschutz gewährt wird, weil § 823 Abs. 1 BGB die Verletzung eines absoluten Rechtes oder Rechtsgutes verlangt und

¹ AcP 177, 1, 29.

² FS Klingmüller, S. 65, 83 ff.

³ AaO, S. 28.

daher die bloße Verletzung des Vermögens nicht genügen läßt. Damit ist aber lediglich gesagt, daß eine solche Verletzung grundsätzlich¹ noch keinen Deliktstatbestand erfüllt; nichts entnehmen läßt sich daraus hingegen für die - hier allein interessierende - Rechtsfolgen-seite. Diese ist - abgesehen von den in diesem Zusammenhang nicht interessierenden §§ 842 ff. BGB - in den §§ 249 ff. BGB geregelt. Dort aber wird "globaler Vermögensschutz" gewährt (vgl. §§ 249, 251 Abs. 1, 252, 253 BGB). Zudem führt jede Übertragung von die Tatbestands-seite betreffenden Wertungen auf die Rechts-folgenreise zu einer Durchbrechung der vom Gesetz gezogenen Grenze zwischen Tatbestands- und Rechtsfolgenreise.

Schwierigkeiten ergeben sich für die Frustrierungslehre immer auch dann, wenn das Aufgewendete dem Entgangenen wertmäßig nicht entspricht. Bei konsequenter Zugrundelegung des Frustrierungsgedankens dürfte freilich nur derjenige Betroffene, der Aufwendungen - etwa für den Kauf einer Theaterkarte - gehabt hat, Ersatz verlangen können, nicht hingegen, wer die Karte geschenkt bekommen hat². Bei der Zerstörung eines von dem

¹ Anders freilich etwa in den Fällen der §§ 823 Abs. 2, 826, 839 BGB.

² Wiese S. 28. Larenz (FG Oftinger, S. 151, 168) wollte über die Drittschadensliquidation lösen: Den Frustrierungsschaden erleide nicht der Verletzte selbst, sondern der Schenker. Da dieser jedoch den Gegenwert seiner Aufwendung in Gestalt des Besuchs der Vorstellung unentgeltlich zuwenden wollte, brauche ihm hier der Beschenkte seinen Anspruch nicht abzutreten, sondern könne den geleisteten Er-

Vermögenssubjekt mit hohem, unrationellem Aufwand hergestellten Gutes wäre dieser Aufwand und nicht der geringere Marktpreis, bei einer marktbedingten Wertsteigerung eines mit geringerem Aufwand erstellten Gegenstandes dagegen nur der geringere Herstellungsaufwand zu ersetzen ¹. Damit würde der Vor- oder Nachteil einer vom Betroffenen zeitlich - möglicherweise weit - vor der Schädigung vorgenommenen vermögensmäßigen Disposition nachträglich auf einen anderen, den Schädiger abgewälzt. Dieser Preis für den angeblichen Vorteil des Frustrierungsgedankens, mit dem Ansatz bei den fehlgeschlagenen Aufwendungen eine rationale Bemessungsgrundlage in Form der tatsächlich gemachten oder weiterhin zu machenden Aufwendungen ², eine durchgängige Orientierungshilfe bei der Ermittlung und Berechnung von Vermögensschäden ³ gefunden zu haben, erscheint letztlich auch den Anhängern dieses Gedankens als zu hoch. Esser ⁴ stellt daher nicht auf die zur Zweckerreichung tatsächlich gemachten, sondern auf die dafür üblichen Kosten ab. Woher jemand seine Vermögenswerte bezogen habe, gehe nämlich den Schädiger nichts an. Zum selben Ergebnis kommt auch E. Schmidt ⁵, der den Schaden ja im entgangenen Äquivalent

satz für sich behalten.

¹ Weyers S. 56; Tolk S. 113.

² Larenz aaO, S. 169.

³ Esser-Schmidt § 31 III 4, S. 149.

⁴ SchR I, § 41 II 4 a, S. 277.

⁵ Esser-Schmidt aaO.

sieht, so daß sich nach seiner Auffassung die Höhe des Ersatzanspruches nach dem Wert dieses Äquivalentes bemißt. Damit wird aber in Wirklichkeit der Frustrierungsgedanke fallengelassen und durch den Kommerzialisierungsgedanken ersetzt: Was üblicherweise aufgewendet wird, ist eben gerade das, was man zu zahlen pflegt, d.h. das, wonach sich der Schadensersatzanspruch nach letzterem Gedanken bemißt ¹. Genauso wird auch mit dem Abstellen auf das entgangene Äquivalent der Frustrierungsgedanke preisgegeben ².

Nicht zu überzeugen vermag auch die Auffassung von Köndgen ³, es handele sich hier um ein Scheinproblem; in Fällen unrationellen Aufwands sei mittels § 254 BGB leicht Abhilfe möglich. Für die Fälle besonders rationalen Aufwandes gibt es nämlich keine entsprechende Korrekturvorschrift. Dort also käme dann der Vorteil der vom Betroffenen zeitlich vor der Schädigung vorgenommenen, günstigen vermögensmäßigen Disposition später dem Schädiger zugute.

6.) Unvereinbarkeit mit grundlegenden Wertungen des Schadensrechts

Letztlich erweist sich die Frustrierungslehre als schon mit grundlegenden Wertungen unseres gesamten Schadensrechts unvereinbar und als

¹ Küppers VersR 76, 604, 606; Tolk S. 56.

² Vgl. oben 4., S. 53, bei und in Fn. 2.

³ AcP 177, 1, 30 Fn. 154.

daher schon im Ansatz verfehlt ¹. Sie läuft nämlich, wie das Beispiel mit der Taxifahrt ² zeigt, letzten Endes darauf hinaus, daß dem einzelnen Vermögenssubjekt ein Bestimmungsrecht darüber eingeräumt wird, was ein Vermögensschaden ist und wie hoch er zu bewerten ist. Da allein die Tatsache, daß für den Erwerb eines Gutes Geld aufgewendet worden ist, berücksichtigt wird, während das Wieso keiner objektiven (gesellschaftlichen) Kontrolle - etwa anhand des Maßstabs des Marktes - unterworfen wird, werden alle subjektiven und immateriellen Eventualitäten zum Gegenstand des Ersatzes von Vermögensschäden ³. Damit aber werden anstelle der dem Vermögensbegriff innewohnenden, ihn geradezu kennzeichnenden, objektiven und übertragbaren Wertvorstellungen die durch die subjektiven Empfindungen und Neigungen beeinflussten oder bestimmten Bewertungen durch ein einzelnes Subjekt gesetzt ⁴. Die Notwendigkeit der vorgenommenen Korrekturen und Einschränkungen erklärt sich somit aus dem verfehlten Ausgangspunkt dieser Lehre.

7.) Der Entwurf eines § 253 a n.F. BGB

Angesichts all der Einwendungen, denen der Frustrierungsgedanke somit unterliegt, muß verwundern, daß Hohloch, der das BGB

¹ Lange § 6 IV, S. 171; vgl. auch Staudinger-Medicus § 249 Rdnr. 128.

² Oben 5., S. 57.

³ Küppers VersR 76, 604, 606, 1. Sp.

⁴ Lange aaO.

in seiner derzeitigen Fassung nicht für in der Lage hält, Wege zur Lösung der Kommerzialisierungsfälle zu weisen, in einem § 253 a n.F. BGB dem Begriff des Schadens denjenigen der schadensgleichen Aufwendungen ausdrücklich an die Seite stellen will. Mehr als zweifelhaft ist es, ob dadurch wirklich für die Zukunft eine klare Rechtsgrundlage geschaffen würde, auf der die bisherige Praxis weiterbestehen könnte ¹. Als viel wahrscheinlicher erscheint es, daß dadurch eben jene Geister, die loszuwerden sich die heutige Praxis zunehmend bemüht ², gerufen und somit die Ansätze eines restriktiven Kurses in der Rechtsprechung unterlaufen werden ³.

¹ So Hohloch Gutachten S. 425 und 441.

² Vgl. unten D II 3, S. 152 ff.

³ Ströfer JZ 82, 663, 665, r. Sp.

V.) Der Kommerzialisierungsgedanke

1.) Überblick

Dem Frustrierungsgedanken (vgl. oben IV.) in gewisser Weise verwandt ¹, von diesem aber doch zu scheiden ist der sog. Kommerzialisierungsgedanke. Der Unterschied besteht darin, daß im einen Fall bei der Einbuße von Gebrauchs- und Genußmöglichkeiten die nutzlose Ausgabe schmerzt, im anderen Fall der Entgang des - in aller Regel - durch entsprechende Vermögensaufwendungen erkauften Äquivalents ². Das Anliegen der Anhänger des Kommerzialisierungsgedankens ist es somit, nachzuweisen, daß diesem Äquivalent Vermögensqualität zukommt. In den hier besonders interessierenden Fällen entgangener Nutzungs- oder Genußmöglichkeiten gilt es also darzulegen, daß dieser Möglichkeit als solcher Vermögensqualität zukommt.

¹ Das Verhältnis der beiden Lösungsansätze zueinander ist umstritten, vgl. etwa Köndgen AcP 177, 1, 30 Fn. 154 einerseits ("durchaus komplementäre Schadenskonzepte") und Küppers VersR 76, 604, 605, r. Sp. ("unterschiedliche, miteinander unvereinbare Konzeption") sowie Brinker S. 219 ("Verbindung sinnwidrig, weil die beiden Ansätze sich in der Annahme, wer oder was den Vermögenswert bestimmt, widersprechen") andererseits. Vgl. auch Staudinger-Medicus § 253 Rdnr. 20 ("Es liegt der Zweifel nahe, wie die Verbindung zweier nicht überzeugender Argumente zu einem überzeugenden werden soll").

² Bötticher VersR 66, 301, 310, r. Sp.

2.) Die Auffassung Grunskys ¹

Grunsky als der konsequenteste Vertreter des Kommerzialisierungsgedankens ² betont die Unmöglichkeit einer strengen Scheidung zwischen Vermögenswerten einerseits und solchen Werten, die nur Annehmlichkeiten verschafften, andererseits ³. Das ergebe die Rolle des Vermögens in der menschlichen Gesellschaft; Hauptzweck des Geldes als des Vermögenswertes par excellence sei es doch gerade, sich das Leben damit angenehmer gestalten zu können ⁴.

Bei der Zerstörung etwa eines wertvollen Bildes werde niemand einen auf Geld gerichteten Schadensersatzanspruch mit der Begründung ausschließen wollen, ein Kunstwerk verschaffe letzten Endes seinem Eigentümer eben doch "nur" Annehmlichkeiten und stelle deshalb keinen Vermögenswert dar. Nichts anderes könne aber in den Fällen des Entzuges von Nutzungsmöglichkeiten gelten ⁵.

¹ S. 27 ff.; vgl. auch Müko-Grunsky Vor § 249 Rdnr. 17 ff. Diese Lehre wird im folgenden in ihren Einzelheiten dargestellt, weil Grunsky den Kommerzialisierungsgedanken am konsequentesten zu Ende gedacht hat und sich deshalb anhand seiner Auffassung die Vor- und Nachteile dieses Gedankens am besten aufzeigen lassen (vgl. dazu unten 3, S. 72 ff.).

² Zu den weiteren Anhängern dieser Lehre vgl. Brinker S. 37 Fn. 64.

³ S. 34.

⁴ Damit nimmt Grunsky einen Gedanken von Mertens auf, vgl. aaO Fn. 90.

⁵ S. 35.

Als Kriterium zur Bestimmung des Vermögensschadensbegriffes biete sich allein der Umstand an, ob die Beeinträchtigung gegen Geld ausgeglichen werden könne; jedes Gut, das gegen Geld erworben werden könne, stelle einen Vermögenswert dar, womit bei seinem Entzug ein Vermögensschaden anzunehmen sei ¹. Nicht entscheidend sei, ob für das Gut ein Markt bestehe; sonst käme man zu dem unhaltbaren Ergebnis, daß die Nutzungsmöglichkeit nur bei marktgängigen Sachen einen Vermögenswert darstellte ². Maßgebend sei allein, ob die Verkehrsauffassung das Gut als Geldwert ansehe ³.

Da Sachen regelmäßig eine nur begrenzte Lebensdauer aufwiesen, bedeute schon deren vorübergehende Unbenutzbarkeit einen unwiederbringlichen Verlust eines Teiles des

¹ S. 36 im Anschluß an Wiese (S. 21 f.), der die Zugehörigkeit des Gegenstandes zum Vermögen für "jedenfalls unbedenklich" hält, wenn dieser im Verkehr gegen Geld erworben werden könne, da darin die Relation zum Geld als dem Maßstab für die Zuordnung eines Gegenstandes zum Vermögen des Geschädigten hinreichend zum Ausdruck komme.

² S. 37.

³ S. 36. Grunsky scheint aber davon auszugehen, daß die Verkehrsauffassung einem Gut immer dann einen Geldwert beimesse, wenn dieses überhaupt erkauf werden kann (Tolk S. 46). Das Kriterium der Verkehrsauffassung soll also - anders als nach der Auffassung des BGH, vgl. etwa unten D II 3 e, S. 161 bei Fn. 2 - keine Einschränkung für den Umfang der Schadensersatzansprüche bedeuten.

Substanzwertes ¹. Bei einem Auto etwa sei die Kilometerleistung nicht das einzige wertprägende Moment; darüber hinaus komme es auch noch auf Faktoren an, die sich - wie etwa Baujahr, Wagentyp, Zustand des Lacks - während der Reparaturzeit unwiederbringlich verschlechterten, ohne daß dies mit dem Anspruch auf den merkantilen Minderwert abgegolten wäre ². Unzutreffend sei daher die Auffassung, die Gebrauchsmöglichkeit eines Autos sei, von der zu erwartenden Kilometerleistung her gesehen, nach Durchführung der Reparatur dieselbe wie vor dem schädigenden Ereignis, womit kein endgültiger Wertentzug gegeben sei ³. Der Geschädigte hole nämlich die während der Reparaturzeit "ausgefallenen" Kilometer später in einem geringerwertigen Wagen nach, womit sich naturgemäß auch der Wert der noch möglichen Nutzung verringere. Die durch das Schadensereignis ausgefallene Nutzungsmöglichkeit werde also durch eine weniger wertvolle (Benutzung eines älteren Wagens) ersetzt.

Da die Nutzungsmöglichkeit einen selbständigen Vermögenswert darstelle, entfalle der Anspruch auch nicht etwa dann, wenn der Geschädigte den Wagen in der Zwischenzeit nicht oder nur wenig benutzt hätte oder wenn es ihm infolge günstiger anderer Verkehrsmöglichkeiten ohne weiteres zuzumuten gewesen sei, auf die Anmietung eines

¹ S. 35.

² S. 38.

³ AaO gegen Larenz FS Nipperdey, S. 489, 500 f.

Ersatzwagens zu verzichten¹. Ebensowenig komme es daher auf das Vorliegen des Nutzungswillens an². Ein Vermögensschaden sei auch zu bejahen, wenn das schädigende Ereignis sowohl einen Sach- als auch einen Personenschaden, der die Benutzung der Sache sowieso nicht zugelassen hätte, verursacht habe³.

Kein Ersatzanspruch bestehe hingegen, wenn der Schadensfall allein zu einer persönlichen Nutzungsverhinderung geführt habe⁴. Solchenfalls nämlich stünden dem Vermögensträger die - von der persönlichen Benutzung abgesehen - sonstigen Gebrauchsmöglichkeiten seines Vermögens (Vermietung, Verkauf usw.) weiterhin offen⁵. Daß das Vermögen nicht so wie ohne das Schadensereignis eingesetzt werden könne, stelle einen Eingriff in die Dispositionsfreiheit des Vermögensträgers, nicht aber einen Vermögensschaden dar⁶.

Da der Geschädigte grundsätzlich einen Anspruch auf Ersatz der Mietwagenkosten für den gleichen Typ wie das beschädigte Fahrzeug habe, müsse man ihm einen daran bemessenen Ersatzanspruch

¹ S. 41. Anders Wiese S. 27 f.

² S. 37. Anders Wiese S. 24: Der Schaden müsse sich im Vermögen des Geschädigten auch auswirken; nur dieses Festhalten an der Subjektbezogenheit des Schadens ermögliche sachgerechte Differenzierungen.

³ S. 44 f.

⁴ S. 43.

⁵ S. 43 f.

⁶ S. 44.

auch dann zubilligen, wenn er ein billigeres Fahrzeug miete ¹. Werde nämlich ein teures Auto total beschädigt, so gehe der Schadensersatzanspruch selbstverständlich auch dann auf Lieferung eines gleichwertigen Wagens, wenn der Betroffene sich inzwischen einen billigeren Ersatz beschafft habe ². Genauso aber habe der Geschädigte im Fall des Nutzungsentgangs einen Anspruch auf eine Nutzung, die der entzogenen entspreche.

Den Ausgangspunkt für die Höhe des Anspruchs stellten die Mietkosten dar, die aufzuwenden seien, um in den Genuß der ausgefallenen Nutzungsmöglichkeiten zu gelangen ³. Entscheidend sei nämlich, was der Verletzte ohne das Schadensereignis aus dem verletzten Gut hätte machen können; dazu habe auch gehört, durch Vermietung aus der Sache Gewinn zu ziehen. Was der Ersatzberechtigte mit seinem Vermögen mache, unterliege ausschließlich seiner Dispositionsbefugnis, so daß es niemanden etwas angehe, ob er die Sache vermiete oder sie selbst benutze und damit den Vermögenswert selbst verbrauche ⁴. § 252 S. 1 BGB besage lediglich, daß auch insoweit Schadensersatz zu leisten sei, als der Geschädigte mehr als den objektiven Wert erhalten hätte; eine Aussage über den Begriff des Vermögenswertes enthalte die Vorschrift

¹ S. 45.

² S. 46.

³ S. 47.

⁴ S. 49.

dagegen nicht ¹. Beim Fehlen eines Mietmarktes sei die Bestimmung eines Mietpreises anhand des Anschaffungspreises und der voraussichtlichen Lebensdauer der Sache als Berechnungsfaktoren immerhin annäherungsweise möglich ².

Vom Mietpreis sei im Wege der Vorteilsausgleichung abzuziehen, was der Geschädigte an Kosten durch die zeitweise Unbenutzbarkeit der Sache erspare ³. Insbesondere beim Nutzungsausfall eines Kraftfahrzeuges werde vielfach die Gesamtkilometerleistung des Wagens voraussichtlich nicht beeinträchtigt ⁴. Der Geschädigte erhalte also infolge des schädigenden Ereignisses als anzurechnenden Vorteil die Nutzungsmöglichkeit für einen Zeitraum, in dem der Wagen normalerweise nicht mehr fahrtüchtig gewesen wäre.

Nicht abzuziehen sei hingegen der im Mietpreis einkalkulierte Unternehmergewinn. Auch für die Bestimmung der Anspruchshöhe müsse nämlich die Beschaffung gegen Geld das entscheidende Kriterium sein ⁵.

3.) Kritik

Grundgedanke des Ansatzes von Grunsky wie der Kommerzialisierungslehre überhaupt ist es,

¹ S. 35 f.

² S. 47.

³ S. 47 f.

⁴ S. 48.

⁵ S. 48 f.

jedes Gut, das gegen Geld erworben werden kann, als Vermögenswert anzusehen und somit im Falle seiner Beeinträchtigung das Vorliegen eines Vermögensschadens zu bejahen. Auf diese Weise wären freilich letzten Endes die allermeisten immateriellen Güter in materielle transformierbar ¹. "Für Geld erkaufen" kann man sich heute - und konnte dies auch schon zur Zeit des Inkrafttretens des BGB - bis zu einem gewissen Grade auch Gesundheit, körperliches Wohlbefinden, geistige Genüsse, Lebensfreuden verschiedenster Art, - Güter, die das Gesetz unzweifelhaft zu den immateriellen Gütern zählt ². Die Auffassung Grunskys im speziellen wie die Kommerzialisierungslehre überhaupt läßt eine Abgrenzung zwischen immateriellen und materiellen Schäden nicht mehr zu in einer Zeit, in der nahezu jeder Genuß erkaufbar ist und für fast alle ideellen Affektionsinteressen ein - wenn auch noch so kleiner - Markt besteht ³.

Zu welch absonderlichen, geradezu grotesken Ergebnissen der Kommerzialisierungsgedanke - wollte man ihn konsequent anwenden - führte, hat Landwehrmann ⁴ anhand von Beispielen aufgezeigt: Die Aussicht von einem Gipfel oder eine Skiabfahrt wäre ein Vermögenswert, wenn sie nur durch die Benutzung einer Seilbahn oder eines Liftes "erkauft" worden war, ein

¹ Lange § 2 I, S. 39 und § 6 III, S. 167 f.

² Larenz SchR I, § 29 I c, S. 447.

³ Ströfer S. 62 f.

⁴ S. 36.

immaterielles Gut hingegen, wenn man den Berg zu Fuß erstiegen hätte.

Speziell die Auffassung Grunskys ist zudem unvereinbar mit § 252 BGB, wonach - nur - derjenige entgangene vermögensmäßige Gewinn zu ersetzen ist, der mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Entgegen der Ansicht von Grunsky¹ kommt es also sehr wohl darauf an, was der Verletzte ohne das schädigende Ereignis aus dem verletzten Gut hätte machen wollen. Bloße Gelegenheiten zum Vermögenserwerb, die der Geschädigte ohnedies nicht wahrgenommen hätte, können schon mit Rücksicht auf das schadensrechtliche Bereicherungsverbot keine zu ersetzenden Vermögensschäden darstellen. Keineswegs besagt § 252 S. 1 BGB lediglich, daß auch insoweit Schadensersatz zu leisten ist, als der Geschädigte die Sache mit Gewinn veräußert, d.h. mehr als den objektiven Wert erhalten hätte².

Allerdings bekommt der Eigentümer im Fall der Sachzerstörung jedenfalls den objektiven Wert ersetzt, so daß dort § 252 BGB in der Tat nur dann eine Rolle spielt, wenn der Geschädigte die Sache mit Gewinn veräußert, d.h. mehr als den objektiven Wert erhalten hätte. In einem solchen Fall scheidet freilich ein Gegenstand, der ohne die Schädigung auch ohne gewinnbringende Veräußerung im Vermögen - gleichsam als Reserve - verblieben und dabei mit seinem objektiven Wert anzusetzen gewesen wäre, aus dem Vermögen aus;

¹ Vgl. oben 2., S. 71.

² So aber Grunsky, vgl. oben 2., S. 71 f.

dieser Umstand allein ist der Grund dafür, daß der objektive Wert der Sachsubstanz den Mindestschaden darstellt. Völlig anders liegen die Dinge hingegen in den Fällen ver-eitelter Nutzungs- und Genußmöglichkeiten. Diese stellen nämlich jedenfalls keine statischen, vom bloßen Zeitablauf - zumindest weitgehend - unabhängigen vermögenswerte dar. Unterbleibt hier die gewinnbringende Aus-nutzung des Gutes (d.h. die Vermietung), dann steht dem nicht erzielten Mietzins keine dafür verbliebene "Vermögensreserve" gegen-über. Indem Grunsky die Höhe der Karenzent-schädigung an die fiktiven Mietkosten bindet und damit aus jedem Autobesitzer, Jagdpächter usw. einen potentiellen Vermieter oder Ver-pächter macht, mißachtet er die Entscheidung des Gesetzgebers, der in § 252 BGB die Liqui-dierung des Gegenwertes der Abnutzung nur für das produktiv genutzte Vermögen gestattet ¹. Darüber hinaus nimmt er dem Schädiger sogar die Möglichkeit des Gegenbeweises, die bei § 252 BGB bestünde ².

4.) Berechtigter Kern der Kommerzialisierungslehre

Nicht gesagt sein soll freilich, daß der Gesichtspunkt der Kommerzialisierung für die Abgrenzung zwischen Vermögens- und Nichtvermögenssphäre und damit zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschaden völlig wertlos wäre. Angesichts der Tatsache, daß

¹ Köndgen AcP 177, 1, 25 f.

² Tolk S. 92 mwN in Fn. 42.

diese Grenze keineswegs ein für allemal feststeht, sondern durchaus im Laufe der Zeiten Verschiebungen erfährt ¹, wäre es verfehlt, die in unserem Schadensersatzrecht im Hinblick auf § 253 BGB unerläßliche Abgrenzung zwischen Vermögens- und Nichtvermögenssphäre ohne Rückgriff auf die Verkehrsauffassung vornehmen zu wollen. Für diese aber ist es ohne Zweifel von maßgeblicher Bedeutung, ob ein Rechtsgut in den Wirtschaftsverkehr eingeführt ist, gehandelt wird und seinen Preis hat ². Ohne eine Ablösbarkeit von seinem Inhaber in dem Sinne, daß es - trotz Unübertragbarkeit im Einzelfall - seiner Natur nach, also wenigstens gedanklich, einem anderen zustehen kann, ohne seinen Charakter zu ändern ³, ohne eine gewisse Kommerzialisierung also ist ein Vermögensgut nicht denkbar ⁴. Die Erkaufbarkeit eines Gutes - kann sie auch nicht allein entscheidendes und ausreichendes Kriterium für die Zu- oder Nichtzugehörigkeit zum Vermögen sein ⁵ - gibt also immerhin einen gewissen Hinweis, ob das Gut zum Vermögen gehört oder immaterieller Natur ist.

¹ Wiese S. 21. So erscheint es uns heute als völlig selbstverständlich, daß ein Mensch als solcher keinen Vermögensgegenstand darstellt; anders war das überall dort, wo man sich Sklaven hielt.

² Lange § 6 III, S. 167.

³ Larenz SchR I, § 29 I c, S. 448.

⁴ Lange aaO, S. 168.

⁵ Vgl. oben 3., S. 72 ff.

Voreilig wäre es auch, den Kommerzialisierungsgedanken allein schon deshalb zu verwerfen, weil dieser die Tendenz zur Berücksichtigung von Affektionsinteressen aufweist ¹. Allerdings gilt in der Theorie unangefochten der Lehrsatz, das BGB gewähre keinen Ersatz für die Verletzung von Affektionsinteressen, da die - möglicherweise willkürliche - subjektive Wertschätzung des Geschädigten nicht nur schwer nachprüfbar sei, sondern auch zu ruinösen Haftpflichtbelastungen für den Schädiger führen müsse ². Genügt es somit nicht, daß das Rechtsgut allein dem Geschädigten eine bestimmte Summe Geldes wert ist ³, so werden doch in der sozialen Realität immer mehr Affektionsinteressen zum Tauschgegenstand auf meist sehr kleinen Märkten wie insbesondere dem Kunst- und Antiquitätenmarkt ⁴. Nicht selten sind es erst die Affektionsinteressen weniger Liebhaber, die den Preis eines Gutes auf ein Vielfaches seines eigentlichen Gebrauchswertes treiben und damit die Grenzen zwischen Vermögens- und Affektionsinteresse fließend machen ⁵. Im Auktionenhandel kommt es gar exakt zu jenem Ergebnis, das mit dem Ausschluß der Affektionswerte vom Schadensersatz gerade verhindert werden sollte: Bei einer Versteigerung setzt sich die höchste subjektive Wertvorstellung,

¹ Vgl. oben 3., S. 73 bei Fn. 3.

² Köndgen AcP 177, 1, 11.

³ Lange § 2 I, S. 35.

⁴ Köndgen aaO.

⁵ Lange aaO; Köndgen aaO.

d.h. das stärkste Affektionsinteresse als Marktpreis durch, der seinerseits wieder alleiniges Bewertungskriterium für einen Zerstörungsschaden ist ¹.

Letztlich kommt jedem Bestandteil des "Konsumtivvermögens", der nicht mehr ausschließlich der Reproduktion der eigenen Arbeitskraft dient, somit wenigstens teilweise auch Affektionswert zu ². Das gilt für den privat genutzten Wagen ebenso wie für eine Theaterkarte. Der Praxis, die sich der Differenzierung zwischen ersatzfähigen, weil marktgängigen Affektionswerten und solchen, denen die Tausch- und damit die Kompensationsfähigkeit mangelt, bedient, liegt die unzutreffende Annahme eines Verhältnisses der Alternativität von Vermögens- und Nichtvermögensgütern zugrunde ³. Ein ideelles Interesse verliert nämlich diesen seinen Charakter nicht dadurch mit einem Schlag, daß es auf dem Markt gehandelt wird, sondern ist als marktgängiges Immaterialgut sowohl ein ideeller als auch ein materieller Wert ⁴.

Will man aber aus der Erkenntnis dieser Doppelnatur marktgängiger Immaterialgüter praktischen Nutzen für die Behandlung des Problems der Schadenskompensation ziehen, so

¹ Köndgen aaO, S. 11 f.

² Köndgen aaO, S. 12.

³ Köndgen aaO. Freilich ist diese von der Praxis vorgenommene Differenzierung bereits vom Gesetz selbst vorgezeichnet, weil dieses ersichtlich ebenfalls von einem solchen Verhältnis der Alternativität ausgeht.

⁴ Köndgen, aaO.

hat man zur Vermeidung der Uferlosigkeiten, zu denen die "reine" Kommerzialisierungsthese führt, durch Abschichtung des ideellen Aspektes den materiellen freizulegen, um ihn so für die Kompensation bewertbar zu machen. Auf der Suche nach einer angemessenen Lösung steht man vor der Aufgabe, innerhalb ein und desselben Rechtsguts eine qualitative ¹ Abgrenzung zwischen diesen beiden Aspekten vorzunehmen.

5.) Das Kriterium der Fungibilität der verletzten Position

Erwähnt sei hier der Versuch von Küppers, der Kommerzialisierungsthese, deren Kriterium der Erkaufbarkeit des Gutes für sich allein zu weit und damit ungeeignet zur Abgrenzung zwischen Vermögens- und Nichtvermögenssphäre

¹ Anders freilich Lange (§ 6 VII 4 d, S. 190), der eine quantitative Abgrenzung für zulässig und möglich erachtet: Wenn Objekte - wie etwa Kraftfahrzeuge - z.T. aus materiellen, z.T. aus immateriellen Gründen erworben würden, sei davon auszugehen, daß die laufenden Aufwendungen sich zu einem nach § 287 ZPO zu schätzenden Teil in vermögenswerte Vorteile niederschlagen und der Ausfall des Kraftfahrzeuges sich dementsprechend vermögensmindernd auswirke. - Wie aber soll eine Schätzung, will sie nur einigermaßen konkret sein, aussehen? Soll es darauf ankommen, inwieweit der Wagen für Wege zur Arbeitsstelle, zum Einkaufen, für Wochenendausflüge usw. verwendet wird? Müßte nicht derjenige, der besonders gerne Auto fährt, im Hinblick darauf entsprechend weniger materielle Entschädigung erhalten? Eine quantitative Abgrenzung scheidet wohl schon im Hinblick auf die Inkommensurabilität von Vermögensgut und ideellem Gut aus.

ist, Konturen zu verleihen:

Bei der Anwendung der Kommerzialisierungsthese sei darauf zu achten, daß die fraglichen Güter auch wirklich als solche auf dem Markt gehandelt würden ¹. So werde etwa das persönliche Wohlergehen, obwohl man dafür viele Vermögensmittel aufwenden könne, nicht auf dem Markt üblicherweise "erkauft".

Da bei den Gebrauchsgütern die abstrakte Gebrauchsmöglichkeit gerade deren Vermögenswert begründe, Substanz- und Gebrauchswert mithin ein und dasselbe seien, trete nicht neben jede Sache, deren Gebrauchsmöglichkeit im Verkehr gehandelt werde, ein selbständiger Vermögenswert in Form des Gebrauchsvorteils ². Sei somit die Rechtsprechung zur abstrakten Nutzungsentschädigung abzulehnen, so lasse sich immerhin der Ersatz der anteiligen Gemeinkosten als Maßnahme der Restitution rechtfertigen ³. Denn durch die Weiterzahlung dieser Beträge behalte der Kraftfahrzeughalter die Möglichkeit, sogleich nach der Reparatur den Wagen wieder benutzen zu können, weswegen sie zu dem nach § 249 BGB zu ersetzenden Herstellungsaufwand gehörten ⁴.

¹ S. 101.

² S. 159.

³ S. 113 im Anschluß an Stoll JuS 68, 504, 507, 1. Sp.

⁴ S. 113 f.

Erst wenn man die Sache vorübergehend anderen zur Nutzung zur Verfügung stelle, werde der so begrenzte Gebrauchsvorteil in den wirtschaftlichen Bereich eingeführt ¹. In einem solchen Fall erlange auch die begrenzte Gebrauchsmöglichkeit für Dritte Bedeutung und werde dadurch zu einem Vermögenswert ².

Indes läuft diese Differenzierung - wie unten ³ im Zusammenhang noch näher dargelegt werden wird - auf eine nicht zu rechtfertigende Privilegierung abgeleiteter Gebrauchsrechte gegenüber dem Gebrauchsrecht des Eigentümers als des Vollrechtsinhabers hinaus.

¹ S. 117.

² Wobei sich dieser objektiv, d.h. nach dem für eine entsprechende Sache im Verkehr üblicherweise gezahlten Betrag, nicht nach dem konkreten Mietzins bestimme (S. 120).

³ E I., S. 199 ff.

VI.) Neuere Auffassungen ¹

1.) Tolk

Tolk sieht die oben unter I bis V dargestellten, zur Begründung eines Vermögensschadens in den Fällen der entgangenen Nutzungsmöglichkeit herangezogenen Schadenslehren und -begriffe in den Fällen des Schadensausgleiches nach Vertragsverstoß für überflüssig an ². Sie dienten somit allein dem Ziel, die Schadensausgleichspflicht aus Delikt derjenigen aus Vertragsverstoß anzugleichen, wobei der Blick auf die verschiedene Interessenlage verstellt werde ³. Beim deliktischen Schadensausgleich führten sie zu nicht interessegerechten Lösungen sowie zu einem erheblichen Maß an Rechtsunsicherheit.

Tolk will also dem Umstand, daß jede der bisher zur Modifikation oder gar Überwindung der Differenzhypothese entwickelten Lehren erheblichen Einwänden unterliegt, entnehmen, daß die Interessenbewertung der Differenzhypothese auch heute noch den Anforderungen eines billigen und gerechten Schadensausgleichsrechtes entspricht. Diese Schlußfolgerung vermag jedoch schon deshalb nicht zu überzeugen,

¹ Angesichts der Vielzahl der Lösungsansätze konnten nur diejenigen von ihnen berücksichtigt werden, die sich in wesentlicher Hinsicht von denen unterscheiden, die oben unter I - V dargestellt wurden.

² S. 92 f. und S. 120.

³ S. 120.

weil Tolk diese Interessenbewertung selbst nicht genauer untersucht, geschweige denn einer kritischen Würdigung unterzieht ¹. Nicht gerade für die Auffassung von Tolk spricht auch der Umfang der Meinungsverschiedenheiten, die - wohlgemerkt vom Ausgangspunkt der Differenzhypothese aus - hinsichtlich der Behandlung des Nutzungsausfalls im Schadensrecht entstanden sind.

2.) Schulte

In Anlehnung an die von der Rechtsprechung bei Immaterialgüterrechtsverletzungen zugelassene Schadensberechnung nach der angemessenen Lizenzgebühr will Schulte bei schädigungsbedingten Sachgebrauchsentbehrungen als Schadensersatz das für die fiktive Lizenzierung der schädigenden Folgen angemessene Entgelt zusprechen ². Die Höhe des Anspruchs bestimme sich dabei danach, wieviel dem Betroffenen das infolge des Schadensfalles Entbehrte vernünftigerweise, d.h. unter Absehen von "höchstpersönlichen Wertschätzungen", wert gewesen sei ³. Die

¹ Dazu, daß die Differenzhypothese keineswegs so "wertungsfrei" ist, wie das vielleicht den Anschein haben könnte, vgl. oben B, S. 4 Fn. 4 aE und unten E (insbes. I).

² S. 101 (Kraftfahrzeuge) und S. 108 (andere Sachen).

³ S. 110. Nach der Auffassung von Brinker (S. 219) stellt der Ansatz von Schulte, indem er die Bewertung des allgemeinen Marktes als die "vernünftige" Begrenzung des Wertes bemühe, nichts anderes als eine bloße Andersformulierung der Kommerzialisierungsthese (dazu oben V) dar.

untere Grenze dieses Wertes stellten die gebrauchsunabhängigen Gemeinkosten dar; durch die Anschaffung und Unterhaltung der Sache habe der Betroffene nämlich zu erkennen gegeben, daß ihm die Verfügungsmöglichkeit über die Sache zumindest diesen Preis "wert" gewesen sei ¹. Jedoch liege die Vermutung nahe, daß er auch um den Preis der Erstattung dieser Kosten den Verzicht nicht freiwillig erklärt hätte, weil er bei der Anschaffung und Unterhaltung der Sache auf seinen Vorteil bedacht gewesen, einen nach seinem subjektiven Wertempfinden die Unkosten übersteigenden Gegenwert sich "eingekauft" haben werde ². Andererseits erlaube die Tatsache, daß der Geschädigte davon abgesehen habe, sich eine Ersatzsache zu den Kostensätzen gewerblicher Vermieter zu beschaffen, den Schluß, daß ihm die Gebrauchsmöglichkeit der Sache diesen Preis nicht wert gewesen sei. Die Entschädigungssumme für die Entbehrung liege also bei einem zwischen diesen beiden Bezugsgrößen festzulegenden Geldbetrag.

Habe dem Berechtigten für die fragliche Zeit freilich schon aus anderen Gründen der Nutzungswille oder die Nutzungsmöglichkeit gefehlt, so könne es ihm vernünftigerweise nicht als Schaden erscheinen, ohne Anspruch auf eine Gegenleistung Verzicht leisten zu müssen, da ja dieser schon aus anderen Gründen erklärt

¹ S. 102.

² AaO unter Hinweis auf BGHZ 56, 214, 220 (vgl. unten D II 1 j, S. 136 aE).

oder aufgezwungen sei ¹.

Auch müsse durch das Schadensereignis entweder das beeinträchtigte Gut selbst oder zumindest ein mit diesem in engem Funktionszusammenhang stehender anderer Gegenstand des Geschädigten ergriffen worden sein ². Bei der Schadensberechnung werde nämlich dessen vertragliches Einverständnis zugrunde gelegt, welches gerade den Eingriff abdecken, nicht aber umfassend eine pauschale Abgeltung sämtlicher Abweichungen in der Lebensgestaltung beinhalten solle ³. Auch wäre andernfalls entgegen der Systematik des Rechtsgüterschutzes nach dem BGB unter der Hand aus den auf bestimmte Verletzungstatbestände zugeschnittenen Rechtsnormen ein allgemeiner Vermögensschutzparagraph geworden ⁴. Die Struktur der die Haftpflicht anordnenden gesetzlichen Vorschriften verbiete also, den ausgesparten Bereich durch weitherzige Ausgestaltung des Umfanges der Schadensersatzverpflichtung dennoch "hereinzuholen". Bei der Verletzung einer Person als dem Fall, in dem diese Einschränkung hauptsächlich bedeutsam werde, seien die vom Geschädigten hinzunehmenden Entbehrungen durch § 847 BGB eindeutig dem Bereich des immateriellen Schadens zugeschlagen worden. Der aufgezwungene Verzicht etwa auf den Gebrauch der Wohnung

¹ S. 103.

² S. 113.

³ S. 115.

⁴ AaO unter Hinweis auf Diederichsen, FS Klingmüller, S. 65, 84; dazu oben IV 5, S. 59 ff.

samt Einrichtung oder des Kraftfahrzeuges könne dort nur contra legem zum Vermögensschaden gezählt werden; richtigerweise sei er bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen.

Auch käme die angeführte Schadensberechnung nur bei sich aus rechtswidrigen Eingriffen in absolute Rechte ergebenden Schadensersatzansprüchen in Betracht ¹. Ein Angriff auf ein absolutes Recht, für dessen Rechtsnatur charakteristisch sei, daß es dem Inhaber seinem Inhalt nach umfassend mit allen von ihm gewährleisteten Teilaspekten zugeordnet sei, ergreife oftmals über den vermögensmäßig konkret faßbaren Substanzschaden hinaus weitere darin enthaltene Potentiale wie etwa die Gebrauchsmöglichkeit. Anders sei es dagegen um die Schadensersatzansprüche bestellt, die sich daraus ergäben, daß der Verantwortliche der berechtigten schuldrechtlichen Empfangserwartung des Gläubigers nicht entsprochen habe ². In einem solchen Fall sei nämlich keine bereits real gegebene Möglichkeit der Zweckbestimmung eines Vollrechts zunichte gemacht, keine Lücke in die vorhandene Rechtsgütersphäre des Ersatzberechtigten gerissen worden. Solange das Forderungsrecht noch nicht befriedigt worden sei, sei das umfassende Innehaben des Erwarteten und die damit gegebene Möglichkeit beliebiger Nutzung und Verfügung noch "Plan" und bloßes Vorhaben gewesen. Die Möglichkeit der Dienstbarmachung des in Frage stehenden Potentials

¹ S. 116.

² S. 117.

sei etwas von Rechts wegen erst noch Herzustellendes, belastet mit der Ungewißheit ordnungsgemäßer Forderungserfüllung seitens des Verpflichteten.

Unberücksichtigt bleibt dabei freilich, daß - wie § 252 BGB ergibt - im allgemeinen Schadensrecht ¹ das zu Erwerbende nicht weniger stark geschützt wird als das bereits Erworbene, wenn nur konkrete Anstalten zum Erwerb getroffen worden sind; dies aber ist immer dann zu bejahen, wenn ein schuldrechtlicher Anspruch auf den in Frage stehenden Erwerb begründet wurde. Zudem ist es gerade der Zweck derjenigen Normen, die den Schuldner bei nicht ordnungsgemäßer Abwicklung einer bestehenden Sonderverbindung für schadensersatzpflichtig erklären (z.B. §§ 286, 463, 538, 635 BGB), die berechnigte Erwartung des Erwerbs ebenso zu schützen wie das Erworbene selbst: Bei aller womöglich bestehenden Ungewißheit der ordnungsgemäßen Forderungserfüllung soll der Gläubiger zumindest keinen nicht abwälzbaren Schaden erleiden.

Auch der Hinweis Schultes ² auf die dem Gläubiger bei vertraglichen Ansprüchen durch das Gesetz selbst auf vielerlei Art eröffnete Möglichkeit, sein Interesse am rechtmäßigen Erfolg durchzusetzen oder sich schadlos zu halten, vermag den Ausschluß der vorge-

¹ Anders ist das im Deliktsrecht: Als sonstige Rechte i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB kommen nur absolute Rechte in Betracht (vgl. statt aller Palandt-Thomas § 823 Anm. 6).

² S. 118.

schlagenen Schadensberechnung bei vertraglichen Ansprüchen nicht zu rechtfertigen. Allerdings wird der Anspruchsinhaber bei nicht ordnungsgemäßer Leistung aufgrund des Rechts auf Minderung bereits durch die Kürzung der von ihm zu erbringenden Gegenleistung für seine Einbuße "entschädigt". Auch kann er sich vom Rechtsgeschäft insgesamt durch Wandelung, Rücktritt oder Kündigung lösen. Entgegen der Ansicht von Schulte ¹ ist dieses die Leistungserwartung des Gläubigers schützende System von Reaktionsmöglichkeiten aber keineswegs geschlossen, so daß es sich verböte und auch erübrigte, durch die Zulassung einer weiteren Entschädigungsart "den im Gesetz gesteckten Rahmen zu sprengen". Zum einen gibt es nämlich eine Reihe von gesetzlichen Vertragstypen, für die überhaupt keine Gewährleistungsvorschriften bestehen und wo sich deswegen die Rechtsfolgen einer vom Schuldner zu vertretenden Schlechtleistung anerkanntermaßen nach den Grundsätzen über die Haftung für positive Forderungsverletzung richten ². Aber auch bei den Verträgen mit gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften ist höchst umstritten, ob diese eine abschließende Regelung der Ansprüche des Gläubigers enthalten ³. Außerdem steht - worüber Schulte völlig hinweggeht - dem Gläubiger verschie-

¹ AaO.

² Palandt-Heinrichs § 276 Anm. 7 b, aa.

³ Vgl. zu diesem - hier nicht näher zu untersuchenden - Problemkreis den Überblick bei Palandt-Heinrichs § 276 Anm. 7 b, bb mwN.

dentlich ¹ abgesehen vom Recht auf Minderung, Wandelung, Rücktritt oder Kündigung gerade auch ein Schadensersatzanspruch zu.

Nicht zu überzeugen vermag ferner der Hinweis darauf, daß der Gläubiger es im Rahmen der Privatautonomie in der Hand habe, sich zusätzlich durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe abzusichern ². Vielfach werden die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragschlusses schon deshalb nicht an eine Entschädigungsregelung denken, weil sie die Erfüllung im Auge haben und auf eine reibungslose Vertragsdurchführung vertrauen ³. Zudem werden sie davon ausgehen, daß gerade für die Fälle der Nichterfüllung der vertraglichen Leistungs- und Schutzpflichten das Gesetz schon eine entsprechende Sanktion in Form eines Ersatz- oder Ausgleichsanspruchs bereithalten werde ³. So verwundert es nicht, daß die Entwicklung über die vom Gesetzgeber des BGB ⁴ zur Legitimation seines Standpunktes herangezogene Möglichkeit der Vereinbarung einer Vertragsstrafe hinweggegangen ist ⁵. Insbesondere angesichts

¹ Vgl. z.B. §§ 463, 538, 635 BGB.

² S. 119.

³ Braschos S. 249.

⁴ Mugdan Mot. II, S. 12: Wo die Verletzung einer obligatorischen Verpflichtung in Frage steht, ist das Interesse des Gläubigers im wesentlichen dadurch gedeckt, daß er die Erfüllung der Verbindlichkeit, soweit sie auf Vertrag beruht, sich durch Ausbedingung einer Strafe zu sichern vermag.

⁵ Ströfer S. 136.

des heutigen Massenverkehrs, der maßgeblich bestimmt wird durch konzentrierte Wirtschaftsmächte auf der Anbieterseite, die sich regelmäßig allgemeiner Geschäftsbedingungen bedienen, geht der Hinweis auf eine solche Möglichkeit, die auf der Vorstellung von dem individuellen Vertragsschluß zweier gleichgestellter Partner beruht, an der wirtschaftlichen Wirklichkeit vorbei ¹. Zudem erscheint eine allgemeine Verbreitung der Ausbedingung von Vertragsstrafen als kaum wünschenswert, weil damit das Vertragsverhältnis von vornherein mit einer Art Mißtrauensvotum des Gläubigers belastet wird ².

Als nicht interessengerecht erscheint es auch, daß der vertraglich Geschädigte schlechter stehen soll als der deliktisch Geschädigte ³. Im Rahmen eines Vertrages haben sich die Partner nämlich dem Leistungszweck unterworfen und nehmen das in sie gesetzte Vertrauen in Anspruch, sie würden das ihnen Mögliche zur Erreichung des Leistungszwecks tun ⁴. Deshalb können gegenüber Dritten, die durch eine unerlaubte Handlung den Leistungszweck beeinträchtigen, im Rahmen des Deliktsrechts nicht gut weitergehende Rechte bestehen als im Vertragsrecht dem Partner gegenüber bei einer gleichartigen Störung.

¹ Ströfer S. 137.

² Ströfer aaO im Anschluß an Stoll, Gutachten, S. 35.

³ Tolk S. 92; OLG Nürnberg DAR 69, 300 (dazu unten D II 1 e, S. 123 f.).

⁴ Stoll JZ 71, 593, 595, 1. Sp.

Zudem vermögen die Gründe, die für die in-
zwischen gewohnheitsrechtliche, für das Ur-
heberrecht durch § 97 Abs. 1 S. 2 UrhRG
gesetzlich sanktionierte Zulassung eines An-
spruchs ¹ auf ein Entgelt in Höhe der ange-
messenen Lizenzgebühr bei der Verletzung
gewerblicher Schutzrechte angeführt werden,
über diesen besonderen Bereich hinaus nicht
zu tragen. Freilich ist Schulte ² darin zu-
zustimmen, daß auch Sachenrechte wie insbe-
sondere das Eigentum an einem Kraftfahrzeug
verletzungsanfällig sind. Jedoch schlägt sich
in diesem Bereich eine Verletzung in der Sach-
substanz nieder. Der Rechtsinhaber ist also
typischerweise sogleich imstande, die Schädig-
ung zu erkennen und den Schädiger zu ermitteln.
Auch vermag er gegenüber zukünftig drohenden
Verletzungen Sicherheitsvorkehrungen zu
treffen. Dagegen kann der Inhaber eines Immaterial-
güterrechtes keine Sicherheitsvorkehrungen
treffen und erlangt oft erst nach geraumer Zeit
Kenntnis von rechtswidrigen Eingriffen ³. Diese
Gefahr einer im voraus nicht zu verhindernden
und auch später schwer zu bemerkenden Verletzung
- und nicht etwa, wie Schulte meint, die sta-
tistisch gesehen erhebliche Wahrscheinlichkeit
der Verletzung - rechtfertigt es, diesen Rechten

¹ Höchst umstritten ist im übrigen, ob es
sich bei diesem in Ergänzung der sonstigen
Grundsätze gewährten Anspruch überhaupt um
einen schadensrechtlichen Anspruch, nicht
um einen Bereicherungsanspruch handelt
(vgl. Lange § 6 XII 4, S. 227 f. mwN in
Fn. 295).

² S. 106.

³ Lange § 6 XII 3, S. 226.

einen besonders intensiven Schutz zukommen zu lassen.

Nicht übersehen werden darf auch, daß zur Rechtfertigung des Anspruchs auf Entrichtung einer angemessenen Lizenzgebühr im Falle der Verletzung vom Immaterialgüterrechten nicht zuletzt angeführt wird, niemand solle durch einen unerlaubten Eingriff in fremde Rechte besser stehen als wenn er um eine ordnungsgemäße Erlaubnis nachgesucht und diese erhalten hätte ¹. Diese Erwägung aber ist pönalisierender sowie präventiver Natur ². Daß aber - zumindest im allgemeinen - die Funktion des Schadensersatzes weder Pönalisierung noch Sanktion noch Prävention ist, sondern im Ausgleich erlittener Einbußen besteht, hebt - zu Recht - Schulte selbst ³ hervor.

Außerdem werden im Bereich des Immaterialgüterrechtes durchaus Verträge mit dem Inhalt geschlossen, wie sie mit der dort anerkannten Schadensberechnungsmethode fingiert werden. Dagegen gibt es für eine Nutzungsstörung, bei der der Störer keine Nutzungsvorteile erlangt, gar keinen entsprechenden wirtschaftlichen Vorgang, in welchem dem Berechtigten für eine entsprechende Erlaubnis eine Gebühr gezahlt wird ⁴.

¹ Lange aaO, S. 226 f. mwN in Fn. 291.

² Lange aaO, S. 226.

³ S. 30 ff. und S. 99 f.

⁴ Küppers S. 106 Fn. 178 aE.

Läuft somit die Auffassung Schultes auf die Fiktion einer Fiktion hinaus, so hat sie auch zur Folge, daß § 253 BGB im Deliktsrecht praktisch funktionslos wird. Seine erklärte Absicht ist es nämlich, dem Umstand Rechnung zu tragen, daß der Betroffene das Entbehrte, auch wenn es sich in der Vermögensbilanz nicht als verbliebener geldmäßiger Fehlbetrag niederschläge, doch als eine Vermögenseinbuße begreifen werde, die sich zwar nicht bis zu einem konkret in Geld bezifferbaren Minus hin weiter verfolgen lasse, die aber gleichwohl durch Geldzahlung einem Ausgleich, nicht im Sinne eines Trostpflasters (Schmerzensgeld), sondern im Sinne eines angemessenen Äquivalents durchaus zugänglich sei ¹. Vermögensschaden soll mithin dasjenige sein, womit man sich für eine Entbehrung, d.h. einen Verlust an Bequemlichkeiten und Annehmlichkeiten, für Nichtvermögensschäden also, abfinden ließe.

3.) Ströfer

Eine Differenzierung zwischen vertraglichem und deliktischem Schadensersatzanspruch hält auch Ströfer ² im Hinblick auf die unterschiedliche Ausgangsposition, die unterschiedlichen Interessen sowie die Eigenständigkeit des Vertragsrechts für geboten. Er freilich sieht die Versuche der Rechtsprechung und Lehre, im deliktischen Bereich in solchen Fällen das Vorliegen eines Vermögensschadens zu begründen,

¹ S. 106 f.

² Vgl. S. 144 ff.

als eine mit § 253 BGB unvereinbare und daher verfehlte Qualifizierung immaterieller Beeinträchtigungen als Vermögensschäden an ¹, die sich letztlich auf dahinterstehende, nicht immer ausgesprochene Billigkeitserwägungen zurückführen lasse ². Rückwirkungen auf das zivilrechtliche Schadensersatzrecht ergäben sich auch aus der Tatsache, daß Versicherungen und Vorsorgeeinrichtungen die eigentlichen Kontrahenten des Schadensfalls seien ³. Da aber das Deliktsrecht auf Genußbeeinträchtigungen und Gebrauchsentbehrungen keine dem von der Privatautonomie beherrschten Vertragsrecht vergleichbaren Reaktionen wie etwa Wandlung, Minderung, Rücktritt usw. kenne, könne nur versucht werden, die Genuß- und Gebrauchsinteressen als Vertragsinteressen zu erfassen ⁴.

Im Vertragsrecht bestehe die Möglichkeit einer von § 253 BGB losgelösten Betrachtung, indem das in dieser Vorschrift aufgestellte Erfordernis der gesetzlichen Ausnahme auch nur bei gesetzlicher Haftung als einschlägig angesehen werde ⁵. Weder der Wortlaut der Vorschrift ⁶ noch deren systematische Stellung ⁷ stünden

¹ S. 88.

² Vgl. S. 88 ff.

³ S. 91 ff.

⁴ S. 155.

⁵ S. 173.

⁶ S. 171.

⁷ S. 179.

dem eindeutig entgegen. Regelungen wie § 651 f Abs. 2 BGB und §§ 9, 10 KSchG zeigten, daß von einem ausnahmslosen Ausschluß immateriellen Schadensersatzes im Vertragsrecht keine Rede mehr sein könne ¹. Auch entspreche es eher dem Prinzip der Privatautonomie, eine gesetzliche Ausnahme von gesetzlicher Haftung, nicht aber von vertraglicher Haftung anzunehmen ².

Mit der Zulassung einer Entschädigung für Nichtvermögensschäden "nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen" bringe § 253 BGB zum Ausdruck, daß es für einen solchen Anspruch einer gesetzlichen Anspruchsgrundlage bedürfe; an die vertragliche Anspruchsgrundlage sei gar nicht gedacht worden ³. Die Aufnahme einer Vorschrift, die einen Schadensersatzanspruch auch bei einer Obligation ohne Vermögenswert vorgesehen habe, sei mit pauschalen Gründen und damit ohne Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Konzeptionen abgelehnt worden ⁴.

Die Gründe gerade, die den Gesetzgeber zur Aufnahme des § 253 BGB in das Gesetz veranlaßt hätten, würden im Vertragsrecht wegen der Selbst-

¹ S. 172 f.

² S. 173.

³ AaO, S. 174. Vgl. demgegenüber Mugdan Mot. II, S. 12: Der in § 221 (des 1. Entwurfes = § 253 BGB) ausgesprochene Grundsatz gilt als Regel auch für den durch unerlaubte Handlungen begründeten Schadensersatzanspruch ...

⁴ S. 183 unter Hinweis auf Mugdan Prot. II, S. 517.

bestimmung der Parteien nicht aktuell ¹. Auf die in § 253 BGB vorausgesetzte Unterscheidung zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschaden komme es in diesem Bereich gar nicht an, weil hier allein der Vertrag über den zu ersetzenden Schaden entscheide ².

Die auf den Inhalt und Umfang des deliktischen Schadensersatzanspruchs zugeschnittenen §§ 249 ff. BGB träten in ihrer Bedeutung für den vertraglichen Ersatzanspruch hinter den jeweiligen Vertragsinhalt zurück ³. So bliebe etwa der Schadensersatz wegen Nichterfüllung ohne Inhalt, wenn man auf den vollen Ersatz des Erfüllungsinteresses abstellen würde, ohne zu sagen, was die Parteien darunter verstanden wissen wollten ⁴. Nur bei einer auch durch Auslegung nicht zu vervollständigenden Vereinbarung fänden die §§ 249 ff. BGB im Vertragsrecht gegebenenfalls ergänzende Anwendung.

Dieser Auffassung liegt ersichtlich die Vorstellung zugrunde, daß durch die Geltung des § 253 BGB auch im vertraglichen Bereich die Privatautonomie eingeschränkt werde ⁵ und daß somit letztlich dieses vom BGB vorausgesetzte, überragend wichtige Grundprinzip des Vertragsrechts es nötig und zugleich auch möglich mache, § 253 BGB im vertraglichen

¹ S. 174.

² S. 176.

³ S. 181.

⁴ S. 182.

⁵ Vgl. S. 183 bei Fn. 327.

Bereich nicht anzuwenden. Verkannt wird dabei, daß dispositive Vorschriften wie § 253 BGB ¹ von vornherein nicht geeignet sind, die Privatautonomie einzuschränken. Entspricht die in einer solchen Vorschrift enthaltene Regelung für bestimmte Fälle oder Fallgruppen nicht dem, was vielleicht als vernünftig, interessegemäß und billig erscheinen mag, so ist es zunächst die Aufgabe der Parteien, die den praktischen Erfordernissen nicht gerecht werdende gesetzliche Regelung durch eine bessere vertragliche zu ersetzen. Erweist sich nun aber die Vertragsfreiheit als zu schwach ², oder unterbleibt eine vertragliche Abänderung der dispositiven gesetzlichen Regelung regelmäßig deshalb, weil man in den Vertrag nicht von vornherein eine Art "Mißtrauensvotum" ³ gegen die andere Partei hineinlegen will, so ist der Gesetzgeber aufgerufen, die dispositive Regelung zu ändern und womöglich gar zwingende Schutzvorschriften zugunsten des schwächeren Teiles zu erlassen. Erklärt man dagegen mit Ströfer eine vielleicht in mancher Hinsicht den allgemeinen Vorstellungen darüber, was gerecht ist, nicht entsprechende Vorschrift für obsolet, so redet man einer kaum zu begrenzenden Ausdehnung der ergänzenden Vertragsauslegung insbesondere dann das Wort, wenn es sich - wie das bei § 253 BGB der Fall ist - um eine

¹ Lange § 6 XIII 4, S. 238 und § 7 II; Staudinger-Medicus § 253 Rdnr. 12; MüKo-Grunsky § 253 Rdnr. 3.

² Etwa weil die nicht interessengemäße gesetzliche Regelung die "stärkere" Partei begünstigt.

³ Ströfer S. 137.

durchaus grundlegende Norm handelt.

Nach der Auffassung von Ströfer¹ sollen Interessen, die man ansonsten als immaterielle bezeichnen würde, mit ihrer Einbeziehung in einen Vertrag infolge der "Transformationswirkung" des Parteiwillens zu - stets als materiell gekennzeichneten - Vertragsinteressen werden. Der Gegensatz von Vermögens- und Nichtvermögensschaden spiele also im Vertragsrecht keine Rolle mehr; problematisch sei allein die Ermittlung der Vertragsinteressen². Angesichts des regelmäßigen Fehlens ausdrücklicher Vereinbarungen über die Einbeziehung immaterieller Interessen ergebe sich eine Lösung meist nur daraus, daß der Vertrag als Typus mit seinem jeweiligen Zweck- und Risikoprogramm die Einbeziehung vorsehe oder ausschließe³. Somit stelle sich die Frage nach dem Schutzbereich des jeweiligen Vertrages, in den immaterielle Interessen nach dem Vertragszweck einbezogen sein könnten⁴. Taugliche Kriterien zu dessen Bestimmung seien in erster Linie die Eigenart des Vertragsgegenstandes und die Höhe des Entgelts, da diese generell wichtige Rückschlüsse auf ihn zuließen⁵.

Lasse sich der Schuldner auf ein sachtypisch-zweckbezogenes Geschäft ein, so richte sich

¹ S. 191 f.

² S. 192.

³ S. 191.

⁴ S. 201.

⁵ S. 222.

sein Wille notwendig mit auf das diesem Typus Entsprechende ¹. Bei typischer Vertragsgestaltung könne so konkludent ein bestimmter Zweck mit "immaterieller" Ausrichtung vereinbart werden ². Bei der Ermittlung der Vertragsstruktur sei auch eine immaterielle Schutzrichtung zu berücksichtigen, die nicht mit der Behauptung eines insofern immer entgegengesetzten Willens geleugnet werden könne: Wer einen solchen typischen Vertrag abschließe, verhielte sich widersprüchlich, wenn er sich hinterher auf einen solchen Willen beriefe.

Demgemäß erlange etwa bei Kauf- und Werkverträgen der Entgang von Gebrauchsvorteilen regelmäßig keine Bedeutung ³. Die Vertragspflicht gehe dort nämlich vor allem auf die Verschaffung eines materiellen Wertes, während vorhandene immaterielle Vertragsmomente im Hintergrund blieben. Die jeweiligen Gebrauchsvorteile fänden nur dann im Vertrag Berücksichtigung, wenn der Schuldner seine Verpflichtung mit der zusätzlichen Maßgabe übernehme, daß der Gläubiger mit der Sache einen ganz bestimmten Verwendungszweck verwirklichen könne, wenn also - in Abweichung von den normalen Güterumsatzverträgen des BGB - neben dem Substanztausch auch die Gebrauchsermöglichung im Vordergrund stehe. Ein solcher Ausnahmefall liege etwa dann vor, wenn ein Kraftfahrzeug eigens für die Urlaubsreise bestellt werde, für eine geplante Fahrt hergestellt oder für die besonderen Bedürfnisse

¹ S. 219 f.

² S. 220.

³ S. 230.

eines Behinderten hergerichtet werden solle ¹.

Die Abgrenzung zwischen Vermögens- und Nichtvermögenssphäre legt Ströfer somit - angesichts der behaupteten Transformationswirkung ² - in die Hände der Vertragsparteien, denen kraft ihrer Privatautonomie die Fähigkeit zukommen soll, die Grenze zwischen materiellem und ideellem Bereich zu Lasten des letzteren zu verschieben. Es ergibt sich dann natürlich das Problem der geldlichen Bewertung solcher "ge-willkürter" Vermögensgüter.

Nach der Auffassung von Ströfer ³ findet der Wert des Vertragsgegenstands seinen zahlenmäßigen Ausdruck in dem ausgehandelten Vertragspreis. Der Marktpreis, der als objektive Bezugsgröße in Betracht kommen könnte, habe nämlich nichts mit dem Vertragsinhalt zu tun. Damit sei es für den Schadensersatzanspruch im Ergebnis irrelevant, ob eine der Vertragsparteien bei Durchführung des Vertrages ein "gutes" oder ein "schlechtes" Geschäft gemacht hätte. - Dies paßt indes nicht zu der durchaus zutreffenden Auffassung Ströfers, daß der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung die Fortsetzung des Erfüllungsanspruches darstelle ⁴. Von da her geht es nämlich nicht an, dem Schadensersatzanspruch desjenigen, dem die Durchführung Vorteile gebracht hätte, die Grundlage zu entziehen, während sich sein Vertragspartner

¹ S. 231.

² Vgl. oben S. 98 bei Fn. 1.

³ S. 255.

⁴ S. 253.

durch die Nichterfüllung die bereits verlorenen Vorteile erhalten könnte ¹.

Für die in den Vertrag einbezogenen "immateriellen" Interessen hat die Auffassung Ströfers die Konsequenz, daß auch sie - als Teil des Vertragsgegenstandes - ihr Äquivalent im Vertragspreis finden ². Bemesse man den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach dem Vertragspreis, dann seien damit auch die "immateriellen" Interessen gerade wegen ihrer Einbeziehung in den Vertrag abgegolten und es erübrige sich die Frage einer gesonderten Entschädigung ³.

Allerdings sei der Vertragspreis lediglich als "Mindestschaden" anzusehen, der darüber hinaus Raum für entgangenen Gewinn und solche Schadensposten lasse, die ihren Grund regelmäßig in einem etwaigen zeitlichen Auseinanderfallen von Vertragsschluß und Erfüllung hätten ⁴. In den Fällen immaterieller Beeinträchtigung sei freilich das Interesse am Erhalt des Vertragsgegenstandes einschließlich seines "immateriellen" Teils im Zeitpunkt der Erfüllung (oder Nichterfüllung) kein anderes als im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Jede immaterielle Zwecktauglichkeit sei daher für die Bemessung des Schadensersatzanspruchs das wert, was für sie als Vertragspreis abzüglich des gegen-

¹ Keuk S. 157.

² Ströfer S. 256.

³ S. 257.

⁴ S. 259.

ständlichen Leistungsteils vereinbart wurde ¹.

Unklar bleibt freilich, wie dieser Leistungsteil zu bewerten sein soll. Setzt man seinen objektiven Wert ² an, so greift man wieder auf etwas zurück, was nichts mit dem Vertragsinhalt zu tun hat ³. Will man dagegen diesen Teil ins Verhältnis setzen zum "immateriellen Vertragsinteresse", so steht dem die Inkommensurabilität der beiden Größen entgegen. Eine überzeugende "vertragspezifische Lösung" ergibt somit auch der Ansatz von Ströfer nicht.

4.) Brinker

Brinker sieht den dogmatischen status quo bei der Abgrenzung von Vermögens- und Nichtvermögensschäden dadurch geprägt, daß Entscheidungen weder vorhersehbar noch nachvollziehbar seien ⁴. Dieser Befund lege es nahe, den vorhandenen dogmatischen Lösungskonzeptionen nun nicht eine weitere hinzuzufügen, sondern Aufklärung darüber anzustreben, wo die Ursachen für diese Entwicklung zu suchen seien, worüber die Dogmatik in der Sache eigentlich diskutiere und inwieweit die angebotenen Instrumentarien zur Problemlösung den selbstgestellten Anforderungen gerecht würden ⁵.

¹ S. 262.

² Zur Schwierigkeit, einen solchen überhaupt zu ermitteln, vgl. oben III 2, S. 45.

³ Vgl. oben S. 100 bei Fn. 3.

⁴ S. 13.

⁵ S. 14.

Begriff und Dogmatik des Vermögensschadens seien überfordert, weil das Vermögensschadensrecht ein Sammelbecken für unerkannt mitbehandelte Fragen fremder Provenienz sei, weil unter dem Stichwort Vermögensschaden durchgängig die bisher als solche noch nicht wahrgenommene Tendenz zur ersatzrechtlichen Berücksichtigung subjektiver Verwendungsplanungen, zu deren normativer Absicherung es der Entwicklung neuartiger Instrumente bedürfe, Einzug in das Ersatzrecht halte, und weil schließlich die Aussagen zur vermögensschadensrechtlichen Bewertungsfrage weitgehend undifferenziert blieben¹. Da das Hauptproblem der Dogmatik der Mangel an Differenzierung sei, sei eine Ausdifferenzierung der Sachprobleme geboten, die es der Dogmatik ermögliche, über die vorhandenen Sachfragen Klarheit zu gewinnen und in der Folge ihre Instrumente wieder sinnvoller einzusetzen². Die nähere Analyse der normativen Sachfragen, die sich tatsächlich hinter den heftig umstrittenen Fallgruppen und Wertkonzeptionen verbergen, ergebe, daß das Vermögensschadensrecht in der gegenwärtigen Entwicklung die Störung von Ressourcenverwendungsplänen, auf die sich jedes Schadensereignis auch auswirke, zu berücksichtigen versuche³. Unter dem Deckmantel der Frage nach dem Vermögenswert einer Position diskutiere man in der Sache darüber, inwieweit die persönliche Verwendungsplanung des Betroffenen im Hinblick auf

¹ AaO.

² S. 23 f.

³ S. 27.

Geldersatz berücksichtigt werden solle ¹.

Brinker unterscheidet im folgenden ² zwischen objektiven Verwendungsmöglichkeiten ³ und subjektiven Verwendungsplanungen hinsichtlich sachlicher oder persönlicher Ressourcen ⁴, die jeweils unmittelbar oder auch mittelbar mehr oder weniger beeinträchtigt werden können. Besonders problematisch und interessant seien die Fälle, in denen die hervorgerufenen Abweichungen in den Verwendungsplänen sich nicht mit den hervorgerufenen Abweichungen in den objektiven Verwendungsmöglichkeiten deckten ⁵. Es stellte sich dann nämlich die Frage, ob einerseits die bloße Beeinträchtigung der Verwendungsplanung auch ohne Auswirkung auf die objektiven Verwendungsmöglichkeiten einen Ver-

¹ S. 224.

² S. 226 ff.

³ Wobei er unter objektiven Verwendungsmöglichkeiten von Sachen nur die sich aus den faktischen Eigenschaften ergebenden, vom jeweiligen Ressourceninhaber unabhängigen Verwendungsmöglichkeiten versteht und damit jeden Einfluß subjektiver Bestimmungsvorstellungen auf die objektiven Verwendungsmöglichkeiten von Sachen ausschließt (S. 235 f.): Eine Beeinträchtigung der objektiven Verwendungsmöglichkeiten persönlicher Ressourcen liege nur dann vor, wenn die Realisierung des Ressourceneinsatzes auf jede denkbare, d.h. nach den Tatumständen noch sinnvolle und nicht nur auf die gerade vom Betroffenen geplante Art und Weise ausgeschlossen sei (S. 237).

⁴ Wobei er weiter unterscheidet zwischen dem Einsatz dieser Ressourcen entweder zu produktiven oder zu konsumtiven Zwecken (S. 236).

⁵ S. 229 f.

mögensschaden begründe und ob andererseits die Unberührtheit der Verwendungsplanung von einer vorliegenden Beeinträchtigung der objektiven Verwendungsmöglichkeiten einen Vermögensschaden ausschließe ¹.

Die anhand der vorstehenden Differenzierungen vorgenommene Untersuchung der einzelnen Fallgruppen ergibt, daß die persönliche Verwendungsplanung von der Dogmatik dann berücksichtigt wird, wenn sie im Umfang hinter dem Umfang der beeinträchtigten objektiven Verwendungsmöglichkeiten zurückbleibt, wenn also mehr Verwendungen objektiv unmöglich werden als subjektiv geplant waren: Der Geldersatz wird begrenzt auf den Wert der subjektiv geplanten Verwendungen ². Zur Begründung von Vermögensschäden wird die Verwendungsplanung diskutiert, wenn sie im Umfang über den Umfang der beeinträchtigten objektiven Verwendungsmöglichkeiten hinausgehe ³.

Des weiteren untersucht Brinker ⁴ die Frage, inwieweit der Betroffene an seiner Planung hinsichtlich des Einsatzes seiner Ressourcen entweder zu produktiven oder zu konsumtiven Zwecken festgehalten wird. Hier interessiert besonders der Fall, daß dem Betroffenen die

¹ S. 239.

² Vgl. die Zusammenfassungen S. 246, 249, 254, 266 und 316.

³ Vgl. die Zusammenfassungen S. 249 f., 254, 259, 266, 270, 272, 278, 281 und 284.

⁴ S. 288 ff.

geplante konsumtive Verwendung ¹ seiner beeinträchtigten Ressourcen vorübergehend ² unmöglich ist, d.h. der Fall des Verlustes von Gebrauchsvorteilen.

Dort sei zu entscheiden und zu begründen, ob man auf den Marktpreis der Nutzungsüberlassung ³ zurückgreifen solle oder lediglich auf die dem Betroffenen entstandenen Kosten, oder ob man die Entscheidung zu einem konsumtiven Ressourceneinsatz dahin berücksichtigen solle, daß der Betroffene gar nichts erhalte, weil die erwartete Rückvergütung durch den persönlichen Nutzen nicht in

¹ Bei geplanter produktiver Verwendung erfolgt die Berücksichtigung der Verwendungsplanung über § 252 BGB (S. 293).

² Bei endgültigem Verlust greift die Dogmatik auf den Verkaufsmarkt zu (S. 295).

³ Daß dabei regelmäßig der Vermietungsmarkt als Vergleichsmarkt gewählt werde, sei reine Willkür (S. 297 f.).- Indes hat die Rechtsprechung - soweit sie eine Nutzungsausfallsentschädigung zuerkennt - die Preise der gewerblichen (Kraftfahrzeug-) Vermieter nur als den ersten Anknüpfungspunkt für die Schadensberechnung gewählt, um dann in ganz erheblichem Umfang Korrekturen vorzunehmen, die die Unterschiede zwischen der gewerblichen Nutzung und der Eigennutzung (eines Kraftfahrzeuges) soweit wie möglich beseitigen sollen (vgl. dazu insbesondere BGHZ 56, 214 und dazu unten D II 1 j, S. 135 f.). Die Rechtsprechung läßt sich dabei offenbar von dem Gedanken leiten, daß der Nutzungswert des eigenen Kraftfahrzeuges in irgendeiner Weise als Minus im Mietpreis enthalten ist (Hansen S. 68, der den Vermieterpreis als Ausgangspunkt freilich ebenfalls für ungeeignet hält, vgl. aaO S. 68 f.).

Geld ersetzbar sei ¹. Wer den vollen Marktpreis, der bei produktivem Ressourceneinsatz erzielt worden wäre, zuspreche, stelle den Betroffenen so, als habe er eine produktive Verwendung geplant gehabt, und halte ihn damit nicht an seiner Entscheidung für einen konsumtiven Einsatz der sachlichen Ressourcen fest ². Damit setzte er Geldeinkommen an die Stelle der erwarteten persönlichen Bedürfnisbefriedigung und schaffe gleichsam zur Ausschaltung des § 253 BGB eine dem § 252 BGB entsprechende Vorschrift für den Bereich konsumtiver Verwendung. Wer hingegen die subjektive Verwendungsplanung zu konsumtiven Zwecken berücksichtigen wolle und deshalb jedenfalls nicht den Marktpreis ersetze, stehe vor der Frage, ob er dem Betroffenen nicht wenigstens Kostenersatz gewähren solle ³. Dagegen spreche, daß hier die Rückvergütung für das Opfer an ökonomischen Mitteln kein ökonomischer, sondern "nur" ein persönlicher Wert sei. Wer gleichwohl Kostenersatz zuspreche und damit den Betroffenen nur insoweit an seiner persönlichen konsumtiven Verwendungsentscheidung festhalte, als es um den Verzicht auf Einkommen und Gewinn gehe, verschaffe dem Betroffenen doch wieder einen Ausgleich, den er ansonsten nicht bekommen hätte, und gewähre ihm damit doch wieder Einkommen. Der Betroffene stehe ebenfalls wieder so, als habe er die Ressource produktiv verwendet, so daß wiederum zur Ausschaltung des § 253 BGB eine dem § 252 BGB entsprechende Vorschrift

¹ S. 296.

² S. 297.

³ S. 298.

geschaffen werde ¹. Die Diskussion um die entgangenen Gebrauchsvorteile sei damit eine solche um die Relevanz der Pläne zu produktiver oder aber konsumtiver Verwendung ².

Bildeten somit die subjektiven Verwendungspläne und nicht etwa das erwartete Wertermittlungsproblem den Kern des Sachproblems, so dürfe man nicht verkennen, daß es bei der Berücksichtigung subjektiver Verwendungspläne zur Begründung, Begrenzung und Bemessung von Vermögensschäden nicht um das Wertproblem gehe. Überließe man nämlich die Einschätzung einer Position dem Betroffenen, indem man die Position in ihrer Maßgeblichkeit für den Geldersatz an das Ausmaß der Beeinträchtigung seiner Verwendungspläne binde, so liefere das auf eine - von niemandem vertretene - extrem subjektive Werttheorie hinaus ³.

Der Bewertungsfrage vorgelagert sei somit die Frage, ob die Verpflichtung zum Schadensersatz tatsächlich so weit gehe, daß der Schädiger auch das Risiko des Scheiterns von Verwendungsplänen des Geschädigten zu tragen habe; dies sei eine Frage der Zurechnung ⁴. Da nun aber die Sachzuständigkeit im Grundsatz auch die Risikozuständigkeit des Rechtsinhabers bedinge (casum sentit dominus), bedürfe die Überwälzung dieses Risikos besonderer

¹ S. 299.

² S. 318.

³ S. 319.

⁴ S. 320.

normativer Rechtfertigung ¹. Die übliche Abhandlung des Problems als Bewertungsproblem habe den Blick für die normative Begründungsbedürftigkeit der Grundentscheidung verstellt, daß der Schädiger am Verwendungsrisiko des Geschädigten partizipieren solle ².

Wenn nun die Abnahme von Risiken im Schadensrecht auch Verwendungsrisiken einschlösse, könnte § 253 BGB die Aufgabe erhalten, die subjektiven Verwendungsplanungen im Grundsatz aus dem Geldersatz herauszuhalten ³. Man könnte aber auch die Berücksichtigung der subjektiven Verwendungspläne im Recht des Vermögensschadensersatzes als den Ausdruck eines strukturellen Nachteiles ansehen, den die Kompensation gegenüber dem Naturalersatz habe ⁴: Was der Betroffene mit der beeinträchtigten Ressource oder in Bezug auf andere Ressourcen geplant habe, gehe nicht in die Wertbemessung ein und bleibe daher der Konzeption nach einer Kompensation verschlossen ⁵. Wenn die Dogmatik versuche, durch die Berücksichtigung der subjektiven Verwendungsplanungen die Kompensation soweit wie möglich dem Naturalersatz anzugleichen, so habe dies seine Ursache in dem Unbehagen an der unterschiedlichen Reichweite der beiden Er-

¹ S. 320 f. mwN.

² S. 321.

³ S. 321 f.

⁴ S. 322.

⁵ S. 324.

satzinstrumente des Gesetzes ¹. Die Dogmatik habe freilich noch eine Rechtfertigung für diese Angleichung zu liefern und genauer herauszuarbeiten, unter welchen Bedingungen und mit welchen Maßstäben Geld an die Stelle gescheiterter Verwendungspläne treten solle und könne; die bisherige Behandlung des Problems als einer Bewertungsfrage auf der Grenze zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschaden sei an der falschen Stelle mit den falschen Mitteln erfolgt ².

Der Fortschritt, den die Untersuchung von Brinker erbracht hat, besteht darin, daß er als erster ausdrücklich darauf hingewiesen hat, daß es im Kern um ein Problem der Zurechnung, d.h. der Sach- und Risikozuständigkeit geht ³; hierauf wird unten ⁴ ausführlich eingegangen werden.

¹ S. 324 f.

² S. 325.

³ Vgl. oben S. 108 (bei Fn. 4) - 109 (bei Fn. 2).

⁴ E II 2, S. 207 ff.; vgl. freilich auch S. 210 Fn. 4.

D) Die Rechtsprechung

I.) Die Entscheidungen zu Beginn des Jahrhunderts

1.) OLG Dresden Sächs. Ann. 24, 527

Das OLG Dresden ¹ sprach dafür, daß ein Luxuspferd vorübergehend nicht hatte geritten werden können, eine Geldentschädigung zu. Da das Vermögen auch die Benutzungsrechte an fremden wie an eigenen Sachen umfasse, habe der Kläger eine Einbuße an seinem Vermögen erlitten. Allerdings stelle eine solche Einbuße nur dann einen Vermögensschaden dar, wenn sie in Geld abschätzbar sei. Das aber sei der Fall: Wer sich ein Pferd miete, müsse einen bestimmten Mietzins zahlen. Daß das Tier zum Vergnügen gehalten worden sei, sei unerheblich; der Grund der Erwerbung sei auf den Wert einer Sache oder eines Rechtes ohne Einfluß. Die Höhe des Schadens bestimme sich nicht nach den Verpflegungskosten des Tieres ², sondern nach dem Wert, den das Recht der alleinigen Benutzung eines solchen Pferdes während des jeweiligen Zeitraums im Verkehr habe.

Unerfindlich ist freilich, wann überhaupt eine "nicht in Geld abschätzbare Einbuße am Vermögen" vorliegen soll: Was keinen Geldwert hat, nicht "in Geld abschätzbar" ist, gehört schon

¹ Sächs. Ann. 24, 527.

² Damit wurde der Frustrierungsgedanke abgelehnt.

überhaupt nicht zum Vermögen¹. Zum anderen ist das Kriterium der Abschätzbarkeit in Geld auch nicht dazu geeignet, eine klare Trennungslinie zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschäden zu liefern. So stellt sich für den Richter etwa in den Fällen des § 847 BGB die Aufgabe, einen Nichtvermögensschaden in Geld abzusehätzen. Hat sich erst einmal eine richterliche Praxis bei der Bemessung der Schmerzensgelder herausgebildet, so handelt es sich bei den gemäß § 847 BGB in Geld zu kompensierenden Schäden durchaus um solche, die in Geld abschätzbar sind, ohne daß sie ihren Charakter als Nichtvermögensschäden verlieren.

Das wirklich Bemerkenswerte an dem Urteil ist jedoch, daß zur Schadensermittlung nicht - wie es dem Wortlaut des erst kurz zuvor in Kraft getretenen § 249 S. 1 BGB entsprochen hätte - die Vermögenslage des Klägers nach der Wiederherstellung des Pferdes mit der

¹ In diesem Sinne auch Küppers S. 89. Allerdings wird auch heute als Vermögensschaden vielfach bezeichnet "die in Geld schätzbare Einbuße, die jemand durch ein bestimmtes Ereignis in seinem Vermögen erleidet" (Mertens S. 121; Palandt-Heinrichs Vorbem 2 b vor § 249; MüKo-Grunsky Vor § 249 Rdnr. 12); daß sich schon aus dem Begriff des Vermögens ergibt, daß eine Einbuße an ihm ex definitione immer eine in Geld bewertbare ist, wird übersehen. Außerdem besteht bei Zugrundelegung dieser Definition die Gefahr, daß gedanklich nicht sorgfältig zwischen der Feststellung, daß etwas ein Vermögensschaden ist, einerseits und der sich daran erst anschließenden Schadensberechnung andererseits getrennt wird (vgl. Diederichsen FS Klingmüller S. 65, 74 und unten D II 2 e, S. 151 Fn. 2).

verglichen wurde, die ohne das schädigende Ereignis bestanden hätte. Dabei hätte sich nämlich keine Differenz und damit kein Vermögensschaden ergeben. Indem nun aber der Schaden nach objektiven Kriterien ohne Rücksicht auf die konkreten Auswirkungen auf die Gesamtvermögenslage des Geschädigten festgestellt wurde, wurde der Geschädigte - entgegen § 252 BGB - so gestellt, als ob er das Pferd vermietet gehabt hätte ¹.

2.) OLG Colmar Recht 07 Nr. 3058

Das OLG Colmar ² hatte über den Fall zu entscheiden, daß auf die Benutzung einer Villa längere Zeit verzichtet werden mußte, weil die Zentralheizung schuldhafterweise in unbrauchbarem Zustand geliefert worden war. Das OLG rechnete zum Vermögen die Gebrauchsrechte an eigenen wie auch an fremden Sachen und gab deshalb der Klage statt. Der Begriff des Vermögensschadens umfasse alle Entziehungen von Genüssen, welche ohne Verstoß gegen Gesetz und gute Sitte im Verkehr nur gegen Entgelt erlangt zu werden pflegten. Das OLG Colmar vertrat damit einen noch weiteren Schadensbegriff als das OLG Dresden ³ und entfernte sich damit noch weiter vom Aussagegehalt des § 253 BGB ⁴.

¹ Tolck S. 22.

² Recht 07 Nr. 3058.

³ Vgl. vorstehend 1, S. 111 ff.

⁴ Tolck S. 23 f.

3.) RG SeuffA 63 Nr. 37

Im Fall RG SeuffA 63 Nr. 37 war in den sog. Schloßhofteich des Klägers von der Beklagten übelriechendes Schmutzwasser eingeleitet worden, das das Wohnen im Hause des Klägers beeinträchtigt hatte. Sachverständige hatten den Minderwert der vom Kläger weiterhin benutzten Wohnung auf 150 Mark jährlich geschätzt. Das Reichsgericht wies die Klage auf Zahlung einer dementsprechenden Entschädigung ab. Schadensersatz könne hier auch wegen noch so lästiger, vielleicht sogar gefährlicher Zustände deshalb nicht verlangt werden, weil dieser nicht in Geld veranschlagt und festgesetzt werden könne. Unerfindlich sei, wie sich der von den Sachverständigen behauptete Minderwohnwert von 150 Mark jährlich zusammensetze. - Auch diese Entscheidung vermag nicht zu überzeugen. Im erkennbaren Bestreben, den für unberechtigt gehaltenen Schadensersatzanspruch abzulehnen, wurden bezüglich der Schadensdarlegung und -konkretisierung überzogene Anforderungen gestellt, wie sie etwa für die Mietzinsminderung bei Wohnraum wegen beeinträchtigten Wohnwertes (vgl. §§ 537 Abs. 3, 472, 473 BGB) nicht gelten.

II.) Die neuere Rechtsprechung

1.) Die Rechtsprechung zur Nutzungsausfallentschädigung bei Kraftfahrzeugen

Die Vorwegnahme dieser Fallgruppe erklärt sich weder aus ihrer unbestreitbaren praktischen Bedeutung noch daraus, daß es ein besonderes Schadensrecht für den Kraftfahrzeugsektor gäbe, sondern daraus, daß sich die Rechtsprechung zur Nutzungsausfallentschädigung weitgehend am Modellfall des unfallbeschädigten Kraftfahrzeuges entwickelt hat.

a) Die Zeit bis 1960

Bis zum Urteil des AG München vom 2.7.1960¹ ging die einhellige Auffassung der Gerichte dahin, daß die zeitweilige, unfallbedingte Unbenutzbarkeit eines Kraftfahrzeuges als solche, d.h. wenn weder Kosten für eine Ersatzbeschaffung entstanden waren noch ein Gewinnentgang vorlag, keinen Vermögens-

¹ AG München DAR 60, 288. Die letzten einschlägigen Gerichtsentscheidungen lagen also - soweit ersichtlich - mehr als 50 Jahre zurück, als sich die Rechtsprechung zu Anfang der sechziger Jahre wieder mit der Frage der abstrakten Nutzungsausfallentschädigung konfrontiert sah. Bei den vielen Entbehrungen, die die Zwischenzeit mit sich gebracht hatte (1. Weltkrieg, Inflation, Weltwirtschaftskrise, 2. Weltkrieg und dessen Folgen), war offenbar der Gedanke ferngelegen, sich schon für das bloße vorübergehende Entbehrenmüssen einer Sache als solchem eine Geldentschädigung zahlen zu lassen.

schaden darstelle ¹. Eine "abstrakte" Nutzungsentschädigung für das vorübergehende Entbehrenmüssen eines Kraftfahrzeuges wurde nicht gewährt.

b) AG München DAR 60, 288

Nachdem der BGH mit seiner sog. Seereise-Entscheidung ² neue Grenzen zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschäden aufgezeigt hatte ³, vertrat zuerst das AG München in seinem schon erwähnten Urteil ⁴ die Auffassung, daß schon die Unbenutzbarkeit eines Kraftfahrzeuges als solche einen von der Entschädigungspflicht in Geld durch § 253 BGB nicht ausgenommenen Vermögensschaden darstelle. Zur Begründung wurde auf die angeblich gewandelte Verkehrsauffassung hingewiesen. Andere Gerichte schlos-

¹ Vgl. Steindorff AcP 158, 431, 457 f.

² BGH NJW 56, 1234; vgl. zu dieser Entscheidung, die den Ausgangspunkt für die hier nicht zu behandelnde Rechtsprechung über die Gewährung von Geldentschädigungen bei Urlaubs- und Freizeitbeeinträchtigungen bildete, etwa Tolk S. 36 ff. mwN in Fn. 60 sowie Schiemann S. 31 ff.

³ Zeitz S. 1. Zu Recht freilich weist Schiemann (aaO, S. 32 f.) darauf hin, daß man bei rückschauender Betrachtung den Eindruck gewinnt, es handele sich bei dieser Entscheidung um einen "Ausreißer", um eine im Einzelfall für billig gehaltene Lösung, bei der das Rechtsfortbildungspotential der apodiktischen und eher hypothesenartigen Begründung nicht bedacht worden sei.

⁴ Vgl. oben S. 115 Fn. 1.

sen sich dieser Auffassung an ¹; Überwiegend jedoch wurde diese Rechtsprechung von den Instanzgerichten abgelehnt ².

c) OLG München NJW 62, 2205

Als für die spätere Rechtsprechung - insbesondere auch des BGH - richtungsweisend sollte sich im Ergebnis wie in der Begründung die einen Schadensersatzanspruch bejahende Entscheidung des OLG München vom 8.5.1962 ³ erweisen. Das Gericht stützte seine Entscheidung zum einen auf den Kommerzialisierungs- ⁴, zum anderen aber auch auf den Frustrierungsgedanken, indem es das Vorliegen eines Vermögensschadens zusätzlich mit der Entwertung der durch das Halten des Kraftfahrzeuges verursachten, auf die Zeit der Unbenutzbarkeit entfallenden Kosten begründete ⁵.

d) BGHZ 40, 345

Die gegen diese Entscheidung eingelegte Revision wies der BGH (III. Zivilsenat) in seinem Grundsatzurteil vom 30.9.1963 ⁶ zurück. An den Anfang seiner Entscheidung

¹ Vgl. Schulte S. 21 Fn. 7.

² Vgl. Schulte aaO, Fn. 9.

³ OLG München NJW 62, 2205. Zur Herleitung des Anspruchs aus § 251 Abs. 1 BGB vgl. unten f, S. 131 Fn. 5.

⁴ Vgl. unten d, S. 119 Fn. 2.

⁵ AaO, S. 2207.

⁶ BGHZ 40, 345 ff.

stellte das Gericht ein Bekenntnis zur Differenzhypothese ¹. Jedoch sei der Begriff des Schadens kein reiner Rechtsbegriff, sondern ein auf die Rechtsordnung bezogener wirtschaftlicher Begriff ². Das Vorliegen eines Vermögensschadens bei vorübergehender Unbenutzbarkeit ergebe sich einmal daraus, daß diese sich nach der Lebenserfahrung auf den Preis des Wagens auswirke: Wer einen Wagen kaufe, den er erst nach einiger Zeit benutzen könne, etwa weil die Beschaffung notwendiger Ersatzteile mehrere Wochen in Anspruch nehme, zahle in der Regel für einen derartigen Wagen weniger als für einen sofort benutzbaren ³. Außerdem entfalle für die Dauer der Unbenutzbarkeit die sonst - nicht nur bei einem gewerbsmäßigen Autovermieter - gegebene Möglichkeit, den Wagen zu vermieten. Die Benutzung eines Ersatzwagens oder einer anderen Beförderungsmöglichkeit erfordere in der Regel geldliche Aufwendungen, deren Einordnung als Vermögensschäden unbestritten sei. Bei der gebotenen wirtschaftlichen Wertung ⁴ dürfe nicht unberücksichtigt bleiben, daß das regelmäßig mit erheblichen finanziellen Aufwendungen verbundene Halten eines Kraftwagens fast ausschließlich erfolge, um den Wagen jederzeit nutzen zu können ⁵. Wer heute erhebliche Beiträge zur Anschaffung eines Kraftwagens auf-

¹ AaO, S. 347.

² AaO, S. 347 f.

³ AaO, S. 348.

⁴ Vgl. oben bei Fn. 2.

⁵ AaO, S. 348 f.

wende, tue das zumindest auch aus wirtschaftlichen Gründen, nämlich zu dem Zweck, seine Zeit rationeller verwenden, insbesondere seine Arbeitskraft besser, wirksamer und erfolgreicher einsetzen und erhalten zu können, indem es ihm möglich sei, schnellstens nach und von der Arbeit zu kommen und Erholungsmöglichkeiten aufzusuchen ¹. Die Möglichkeit, jederzeit und sofort einen Kraftwagen benutzen zu können, werde heute allgemein als ein wirtschaftlicher Vorteil angesehen, so daß schon die durch die Beschädigung eingetretene Nichtbenutzbarkeit selbst den Schaden darstelle. Da die Benutzungsmöglichkeit eines Wagens in aller Regel nur durch entsprechende Vermögensaufwendungen "erkauft" werden könne, sei sie tatsächlich kommerzialisiert worden, so daß ihre Beeinträchtigung auch eine Beeinträchtigung des - mit den gemachten Vermögensaufwendungen erstrebten - vermögenswerten Äquivalentes darstelle ². Der viel-

¹ AaO, S. 349.

² AaO, S. 349 f. unter Fortführung eines in der sog. Seereiseentscheidung BGH NJW 56, 1234 (vgl. dazu oben b, S. 116 Fn. 2 und 3) entwickelten Gedankens. Ebenso auch schon das OLG München (NJW 62, 2205, 2207) als Vorinstanz. Weitergehend das KG (NJW 67, 1233, 1234, r. Sp.; vgl. auch unten 2 b, S. 148), das die Beeinträchtigung der Benutzungsmöglichkeit aller Sachen, deren zeitweilige Benutzung im Geschäftsverkehr entgeltlich überlassen zu werden pflegt, zugleich als eine Beeinträchtigung des mit den gemachten Vermögensaufwendungen erstrebten vermögenswerten Äquivalents und damit als echten Vermögensschaden ansah und dies auch für die Auffassung des BGH hielt. Noch weitergehend das LG Kiel (SchlHA 73, 33, 34; vgl. dazu unten 2 e, S. 150 f.), nach dessen Auffassung es auch

fach mit dem Entzug der Benutzungsmöglichkeit verbundene immaterielle Schaden (z.B. Ärger, Unlustgefühle) schließe das gleichzeitige Vorhandensein eines materiellen Schadens nicht aus ¹. Dieser Schaden sei auch nicht rückwirkend mit der Wiederherstellung der Gebrauchsfähigkeit entfallen, weil das nichts daran ändere, daß die Gebrauchsmöglichkeit in der Vergangenheit entzogen gewesen sei. Nur wenn der vorübergehende Verlust der Gebrauchsmöglichkeit für den Betroffenen wegen fehlenden Nutzungswillens oder fehlender Nutzungsmöglichkeit nicht fühlbar werde, fehle es bei wirtschaftlicher Betrachtung an einem Schaden ².

Von einem Unterlassen der Schadensabwendung oder -minderung gemäß § 254 Abs. 2 BGB könne bei dem Verlangen nach Schadensersatz ohne Inanspruchnahme eines Ersatzwagens jedenfalls dann nicht gesprochen werden, wenn der Geschädigte bei Anmietung eines Ersatzwagens sachgerecht gehandelt hätte und ihm deshalb die dafür entstandenen Aufwendungen zu ersetzen wären ³. Eine Lebenserfahrung, wonach sich aus der Nichtanmietung eines Ersatzwagens ergebe, daß der Geschädigte seine

nicht darauf ankommen soll, daß Sachen wie die vorübergehend nicht benutzbaren vermietet würden.

¹ AaO, S. 350.

² AaO, S. 353; ebenso BGHZ 45, 212, 219, wo hervorgehoben wird, daß damit einer Ausnutzung des Schadensfalles zur Gewinnerzielung vorgebeugt werde.

³ AaO, S. 354.

Tätigkeit ohne Schwierigkeiten und Nachteile auch unter Verzicht auf eine Wagenbenutzung habe einteilen können, bestehe dabei nicht.

Festzuhalten ist hier zunächst einmal, daß die vom BGH ¹ an den Anfang seiner Ausführungen gestellte Betonung der Bedeutung und Richtigkeit der Differenzhypothese angesichts der dann folgenden Ausführungen ein bloßes Lippenbekenntnis darstellte. Der Vermögensschaden wurde nämlich schon in der durch die Beschädigung eingetretenen Nichtbenutzbarkeit des Wagens selbst gesehen ² und damit nach objektiven Gesichtspunkten bestimmt, also gerade nicht durch einen - der Differenzhypothese allein entsprechenden - summenmäßigen Vergleich ³.

Nicht zu überzeugen vermag der Versuch des BGH ⁴, das Vorliegen eines Vermögensschadens damit zu begründen, daß ein unbenutzbarer Wagen nicht vermietet werden könne. Aus § 252 BGB ergibt sich nämlich ganz eindeutig, daß der Entgang einer bloß gedachten Erwerbschance nach dem BGB keinen Vermögensschaden darstellt ⁵.

Bei den Hinweisen auf die durch die vorübergehende Unbenutzbarkeit eintretende Wertminderung, den Wegfall der Möglichkeit zur Vermietung und die als materielle Schäden anerkannt-

¹ Vgl. aaO, S. 347.

² AaO, S. 349.

³ Tolk, S. 26.

⁴ AaO, S. 348.

⁵ Vgl. Löwe NJW 64, 701, 702, r. Sp.

ten Aufwendungen ¹ handelt es sich allerdings letztlich nur um die Entscheidung in keiner Weise tragendes Beiwerk. Nicht etwa erst der Mindererlös beim Verkauf des vorübergehend nicht einsatzbereiten Wagens, die im Einzelfall entstehende Unmöglichkeit der Vermietung des Wagens oder die Aufwendungen zur Beschaffung eines Ersatzes sollen nämlich den Schaden entstehen lassen, sondern die durch die Beschädigung eingetretene Nichtbenutzbarkeit selbst soll bereits den Schaden darstellen ²: Ein Schadensersatzanspruch sei "geradeso wie" in dem Fall gegeben, daß der Betroffene infolge der zeitweiligen Nichtbenutzbarkeit beim Verkauf des Wagens einen geringeren Preis erziele oder den Wagen nicht vermieten könne oder zur Beschaffung von Ersatzfahrgelegenheit Aufwendungen mache ³.

Als allein tragend erweist sich daher das Argument, die Nutzungsmöglichkeit eines Wagens werde heute allgemein als ein wirtschaftlicher Vorteil angesehen ⁴, weil sie in aller Regel nur durch entsprechende Vermögensaufwendungen erkaufte werden könne und damit tatsächlich "kommerzialisirt" worden sei ⁵. Letztlich beruft sich der BGH damit allein auf eine - angeblich - gewandelte

¹ Vgl. BGH aaO.

² AaO, S. 349.

³ AaO, S. 350.

⁴ AaO, S. 349.

⁵ AaO, S. 349 f.

Verkehrsauffassung ¹.

Daß die angesprochene Nutzungsmöglichkeit einen wirtschaftlichen Vorteil und dementsprechend ihr vorübergehender Fortfall einen Vermögensschaden darstellen soll, bedeutet de facto die Anerkennung der Lehre vom objektiven Schaden ². Anders als die Autoren, die sich offen zu dieser Lehre bekennen, leitet der BGH dieses Schadensverständnis allein aus dieser angeblich neuen Verkehrsauffassung ab; diese soll also stärker sein als das Gesetz, dem zweifelsohne ein subjektiver Schadensbegriff zugrunde liegt.

e) OLG Saarbrücken DAR 65, 299; OLG Stuttgart VersR 67, 1207; OLG Nürnberg DAR 69, 300

Die anlässlich der Abwicklung von Verkehrsunfallschäden ergangene "Kommerzialisierungsrechtsprechung" des BGH wurde alsbald von verschied-

¹ Wobei der Hinweis auf den durch das Kraftfahrzeug vermittelten Zeitgewinn, der mit zur Bildung der behaupteten neuen Verkehrsauffassung geführt haben soll, nicht zu überzeugen vermag. Wenn nach fast einhelliger Auffassung die Zeit als solche keinen Vermögenswert darstellt (vgl. Lange § 6 XIII 2, S. 231; Larenz SchR I, § 29 II d; anders Grunsky S. 76 ff. und OLG Frankfurt JZ 77, 96; letztere Auffassung ist jedoch abzulehnen, vgl. Larenz aaO, S. 462) und nach überwiegender Meinung auch die Arbeitskraft eines Menschen kein Vermögensgut darstellt (vgl. Ströfer S. 82 mwN in Fn. 121), muß es umso mehr erstaunen, daß die Möglichkeit des Zeitgewinnes als Vermögenswert anzusehen sein soll (Hansen S. 70).

² Dazu eingehend oben C III, S. 36 ff.

denen Instanzgerichten ¹ auf die Fälle vertraglicher Schädigung übertragen. Es sei nämlich nicht einzusehen, warum der Gläubiger im Fall der Vertragsverletzung schlechter gestellt sein sollte als ein durch eine unerlaubte Handlung Geschädigter ².

f) BGHZ 45, 212

Da die vorstehend unter d) dargestellte Rechtsprechung des III. Zivilsenates des BGH bei den Instanzgerichten nicht nur Zustimmung gefunden hatte ³, sondern auch auf Ablehnung getroffen war ⁴, sah sich der für Haftpflichtsachen in erster Linie zuständige VI. Zivilsenat ⁵ ebenfalls zu einer grundlegenden Stellungnahme veranlaßt. In seinem Urteil vom 15.4.1966 ⁶ trat er im Ergebnis dem Standpunkt des III. Zivilsenates bei. Die Formulierung, die gegen das Urteil dieses Senates vorgebrachten Angriffe seien nicht als so durchschlagend anzusehen, daß sie Anlaß gäben, die Grenzen der Schadensersatzpflicht anders zu

¹ OLG Saarbrücken DAR 65, 299; OLG Stuttgart VersR 67, 1207; OLG Nürnberg DAR 69, 300.

² OLG Nürnberg aaO.

³ Vgl. Schulte S. 22 Fn. 15.

⁴ Vgl. Schulte aaO, Fn. 16.

⁵ Daß im Fall BGHZ 40, 345 der III. Zivilsenat entschieden hat, erklärt sich daraus, daß es sich dort um in die Zuständigkeit dieses Senates fallende Schadensersatzansprüche aus Amtshaftung (§ 839 BGB; Art. 34 GG) handelte.

⁶ BGHZ 45, 212.

ziehen und damit die in der Abwicklung von Haftungsfällen bereits weithin üblich gewordene Regulierungspraxis zur Vergütung des Nutzungsentgangs in Frage zu stellen ¹, läßt erkennen, welch großes Eigengewicht dieser seit Jahren eingespielten Praxis - jenseits aller juristischen Argumente - zukam ².

Auf das Vorliegen eines wirtschaftlichen ³ Schadens deute schon hin, daß sich der Geschädigte durch Anmietung eines Ersatzwagens - d.h. durch vermögensmäßige Aufwendungen - einen Ausgleich schaffen könne und vielfach schaffe.

Dagegen ist einzuwenden, daß sich beispielsweise auch bei vielen Körperverletzungen die eingetretenen Schäden durch vermögensmäßige Aufwendungen, die etwa das Aufsuchen eines Arztes verursacht, ausgleichen lassen. Niemand käme aber auf den Gedanken, solche Körperverletzungen deswegen als Vermögensschäden anzusehen.

¹ AaO. S. 215.

² Vgl. Stoll JuS 68, 504, 505. Rechtspolitisch bedenklich ist, daß neben der für die Versicherungen zweifelsohne sehr praktikablen und damit auch kostensparenden Typisierung und Pauschalierung der Schadensersatzleistungen das herkömmliche Haftungsrecht mit seinem Grundsatz der konkreten Schadensberechnung zum "kostspieligen Luxus" (Kötz S. 30) und damit womöglich mit der Zeit obsolet werden wird.

³ Zu Recht weist Larenz (FG Oftinger, S. 151, 155) darauf hin, daß der BGH hier den im BGB gebrauchten Ausdruck "Vermögensschaden" offenbar mit Bedacht vermeidet, um so um die Differenztheorie herumzukommen.

Keine Rolle zu spielen vermag in diesem Zusammenhang auch, daß für die Bemessung des Nutzungswertes in Geld ein objektiver Anhaltspunkt in der Form von weithin einheitlichen Vergütungssätzen bei der gewerblichen Autovermietung zur Verfügung steht ¹. Auch auf dem Gebiet der Heilkunde etwa bestehen Gebührenordnungen, ohne daß diesen irgendein Einfluß auf den Grenzverlauf zwischen materiellem und immateriellem Bereich zukäme.

Wenn angeführt wird, die heute herrschende Verkehrsauffassung, die schon in der Störung der Nutzungsmöglichkeit eines Kraftwagens einen wirtschaftlichen Nachteil sehe, trage der gesteigerten Bedeutung der Kraftfahrzeughaltung Rechnung ², so wird dabei übersehen, daß es auf das Maß der sozialen Bedeutung bei der Begründung eines Schadensersatzanspruchs nicht gut ankommen kann ³.

Als nicht tragfähig erweist sich bei genauerem Hinsehen auch das Argument, dem Recht sei die selbständige und nach objektiven Gesichtspunkten erfolgende Bewertung der Vorteile, die in der Nutzungsmöglichkeit einer Sache lägen, nicht fremd ⁴. Die angeführten ge-

¹ So aber BGH aaO.

² BGH aaO.

³ Ströfer S. 69.

⁴ So BGH aaO. In diesem Sinn auch Schacht NJW 81, 1350, 1351, 1. Sp.: Die Kommerzialisierung von Gebrauchsmöglichkeiten und deren Anerkennung als selbständige, neben dem Substanzwert mögliche Vermögenswerte sei der Rechtsordnung generell nicht fremd, wie

setzlichen Beispiele (§ 346 S. 2 BGB; § 2 Abs. 1 S. 2 AbzG) betreffen nämlich die Rückabwicklung von Leistungen und besagen daher im Bereich der Schadensersatzpflichten "zunächst einmal gar nichts" ¹.

Entgegen der Auffassung des BGH ² läßt sich für die Gewährung einer abstrakten Nutzungsentschädigung auch nicht das zum Entschädigungsrecht ³ ergangene Urteil des III. Zivilsenates vom 11.7.1963 ⁴ anführen. Dort wurde dem Eigentümer einer Villenwohnung, deren Nutzungswert durch die von einem Clubbetrieb der Stationierungsstreitkräfte ausgehenden Geräusche und Gerüche gemindert wurde, eine am Minderertrag bei einer Ver-

z.B. die dingliche Sicherbarkeit reiner Gebrauchsrechte (vgl. §§ 1018, 1030, 1068 BGB) zeige. Auch im Eigentümer-Besitzerverhältnis würden Nutzungen ohne weiteres kommerzialisiert (§ 987 Abs. 1 BGB), und zwar selbst dann, wenn sie nicht gezogen würden, obwohl die Möglichkeit dazu bestanden habe (§ 987 Abs. 2 BGB). Das Schuldrecht weise demgegenüber keine strukturellen Unterschiede auf. Der dort geregelte Warenaustausch lebe gerade ganz überwiegend davon, daß die Wirtschaftsgüter neben ihrem Substanzwert noch einen vielfach auch Eigenschaft genannten Gebrauchswert hätten, dessen Bedeutung exemplarisch an den §§ 119 Abs. 2, 459 Abs. 2 BGB deutlich werde.

¹ Diederichsen FS Klingmüller, S. 65, 70; ihm folgend Ströfer S. 70; ebenso Keuk S. 211 Fn. 63.

² AaO, S. 215 f.; ebenso KG NJW 67, 1233, 1234, r. Sp. und BGH NJW 67, 1803, 1804.

³ Nicht, wie der BGH aaO meint, Schadensrecht; Anspruchsgrundlage war § 906 Abs. 2 BGB.

⁴ BGH NJW 63, 2020.

mietung bemessene Entschädigung zuerkannt, obwohl der Eigentümer die Wohnung selbst bewohnte und trotz der Belästigungen wohnen blieb. Die dort zugesprochene Entschädigung rechtfertigte sich nämlich aus dem Gedanken der Aufopferung: Der Grundstückseigentümer konnte wegen des hoheitlichen Charakters des Clubbetriebes nicht auf Unterlassung der Störung (§ 1004 BGB) klagen¹. Es war ebenso wie bei einer Enteignungsentschädigung für Nutzungsentzug eine besondere, dem Gedanken des Leistungsaustausches Rechnung tragende Art der Schadensberechnung gerechtfertigt, weil dem Gläubiger gleichsam eine Leistung aufgezwungen wurde, für die er mindestens den objektiven Gegenwert in Geld erhalten mußte¹. In solchen Fällen kann es mithin gar nicht darauf ankommen, ob der Eigentümer, der seine Rechte aufopfern muß oder in dessen Rechte durch die enteignende Maßnahme eingegriffen wird, von diesen Rechten Gebrauch gemacht und die Nutzungen, für die er entschädigt wird, gezogen hätte; bei einem solchen Austausch ist die Nutzungsentschädigung also notwendig abstrakt¹. Von der Zulassung einer abstrakten Schadensberechnungsmethode in der angeführten Entscheidung kann daher keine Rede sein. Bedenken gegen die Übertragung der zum Entschädigungsrecht entwickelten Grundsätze auf die Deliktshaftung ergeben sich zudem daraus, daß kein Bedürfnis besteht, einen Grundstückseigentümer, der sich gegen übermäßigen Lärm nach § 1004 BGB zur Wehr setzen kann, für die Zeit, in der

¹ Stoll JuS 68, 504, 511, 1. Sp.

er diesen Rechtsbehelf nicht einsetzt, wie einen Eigentümer zu entschädigen, dem der Abwehrschutz aus Rechtsgründen versagt ist ¹.

Als nicht tragfähig erweist sich auch das vom BGH ² des weiteren für die Zubilligung der Geldentschädigung herangezogene Argument, bei Versagung einer solchen Entschädigung bestehe für den Schädiger ein starker Anreiz, die Erfüllung sich aus § 249 BGB ergebender Ansprüche auf Stellung eines Ersatzfahrzeugs oder Vorlage der dafür erforderlichen Mietkosten im Vertrauen darauf abzulehnen, der Anspruchsteller werde sich ohne Ersatzwagen behelfen und der Ausgleichsanspruch nach dem Unterbleiben der Ersatzwagenbeschaffung entfallen. Daß die unberechtigte Weigerung, eine Schuld zu erfüllen, im Ergebnis zur vollen Schuldbefreiung führen soll, ist - von den Fällen, in denen der Geschädigte von der Anmietung eines Ersatzes mangels liquider Geldmittel gezwungenermaßen absieht, einmal ganz abgesehen - nun in der Tat insbesondere dann unerfreulich, wenn das Motiv des Betroffenen, kein Risiko einzugehen, durchaus verständlich ist ³. Bei genauerem Hinsehen ergibt sich jedoch, daß diese Billigkeitserwägung nicht als Argument für die Gewährung einer abstrakten Nutzungsausfallentschädigung taugt ⁴.

¹ Stoll JuS 68, 504, 511, 1. Sp.

² BGHZ 45, 212, 216 f.

³ Vgl. BGH aaO, S. 217.

⁴ Vgl. oben C I 3, S. 23 f.

Der Zuerkennung einer Geldentschädigung soll nach der Auffassung des BGH auch nicht entgegenstehen, daß im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung keine dem Betroffenen nachteilige Differenz in seiner Vermögenslage festzustellen sei ¹. Die Differenzhypothese habe vorzugsweise die Funktion, allgemeine Vermögensschäden zu erfassen und ihre geldmäßige Höhe mittels der Differenzrechnung zu bestimmen ². Bei der konkreten Beeinträchtigung einzelner Vermögensgüter seien einer solchen rechnerischen Differenzbetrachtung Grenzen gesetzt. Lasse sich das Maß der Beeinträchtigung eines Vermögensgutes nach objektiven Maßstäben geldlich bewerten, so sei die Berechtigung einer Ersatzforderung nicht stets davon abhängig, daß eine das Gesamtvermögen erfassende Differenzrechnung eine ziffernmäßige Minderung dieses Vermögens im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ergebe.

Für den Bereich der abstrakten Nutzungsent-schädigung will der BGH somit einen objektiven Schadensbegriff gelten lassen, ohne sich freilich mit den gegen diesen zu erhebenden Einwänden ³ auseinanderzusetzen. Allein dem Vorwurf, die Subjektbeziehung des Schadens und seines Ausgleichs werde außer acht gelassen, hält er entgegen, daß nach seiner Auffassung

¹ BGH aaO, S. 217 f.

² AaO, S. 218; ebenso BGHZ 71, 234, 240 (dazu unten 3 f, S. 171 ff) unter Hinweis auf die Materialien zum BGB (Mot. II S. 18 f.; Prot. I S. 299). Vgl. auch BGHZ 75, 366, 371 f. (unten 3 h, S. 180, bei Fn. 2 f.).

³ Dazu eingehend oben C III 2, S. 40 ff.

nicht schon für die Vereitelung einer bloß abstrakten Nutzungsmöglichkeit eine Entschädigung zu zahlen sei ¹. Einmal nämlich müsse die Nutzungsbeeinträchtigung fühlbar geworden sein ². Außerdem könne der Anspruch im Einzelfall am Einwand des § 254 Abs. 2 BGB scheitern, wenn nämlich der Betroffene aus dem Gesichtspunkt dieser Bestimmung nicht berechtigt gewesen wäre, sich auf Kosten des Schädigers einen Ersatzwagen anzumieten.

Hinsichtlich der Berechnung der Schadenshöhe billigte das Gericht - unter Hervorhebung des Gesichtspunktes der Gewinnabwehr im Schadensrecht - das damals in der Praxis übliche Absetzen fixer Prozentsätze für im Mietpreis enthaltene Unternehmergewinne und Betriebskosten sowie die Ersparnis infolge Nichtgebrauchs des eigenen Wagens ³. Freilich legte das Gericht sich nicht eindeutig auf eine bestimmte Schadensberechnungsmethode fest ⁴.

Da dem Schädiger ein Ausgleich der Einbuße durch Stellung eines Ersatzwagens nicht mehr möglich sei, wenn der Ersatzberechtigte seinen Wagen zurückerlangt habe, ergebe sich die Verpflichtung des Schädigers zur Zahlung der Geldentschädigung aus § 251 BGB ⁵. Dies er-

¹ AaO, S. 219.

² Vgl. oben d, S. 120, bei und in Fn. 2.

³ AaO, S. 220.

⁴ Vgl. aaO: "Dem Senat erscheint dieser Abzug im Grundsatz berechtigt, ...".

⁵ AaO, S. 221. Ebenso bereits das OLG München in seiner Entscheidung vom 8.5.1962 (NJW 62,

kläre, daß nicht die vollen Kosten einer Wagenanmietung verlangt werden könnten.

g) BGH NJW 67, 552

Im Fall BGH NJW 67, 552 verlangte der Geschädigte, der ein einfacheres Ersatzfahrzeug gemietet hatte, neben dem Ersatz der tatsächlich entstandenen Mietkosten auch noch eine Geldentschädigung wegen der verbliebenen Nutzungsdifferenz. Der BGH hielt dieses Begehren für nicht gerechtfertigt, wobei er auf die mangelnde Fühlbarkeit der Beeinträchtigung hinwies¹. Überzeugend ist diese Einschränkung freilich nicht, da sie - sieht man die Gebrauchsmöglichkeit einmal als selbständigen Wert an - darauf hinausläuft, daß der Ersatzberechtigte kleinere Schäden selbst zu tragen hat; diese Vorstellung aber ist unserem Recht fremd².

2205, 2207; dazu oben c, S. 117). Der III. Zivilsenat des BGH hingegen hatte in seiner Entscheidung vom 30.9.1963 (BGHZ 40, 345, 352) gemeint, der Anspruch auf sofortigen Geldersatz könne aus § 250 BGB hergeleitet werden. Die in dieser Vorschrift vorgesehene Fristsetzung erübrige sich bei Kraftfahrzeugunfällen in der Regel wegen ihrer Sinnlosigkeit (dazu im einzelnen BGH aaO, S. 352 f.). Unentschieden könne daher bleiben, ob das Verlangen von Geldersatz auf § 249 S. 2 BGB gestützt werden könne (aaO, S. 351). § 250 BGB paßt indes nicht, vgl. oben B, S. 8.

¹ AaO, S. 553.

² Lange § 6 VII 4 b, S. 187.

h) BGH NJW 68, 1778

An der erforderlichen Fühlbarkeit der Nutzungsbeeinträchtigung soll es nach der Auffassung des BGH ¹ auch dann fehlen, wenn der Betroffene an der Nutzung aus auf dem schädigenden Ereignis beruhenden Gründen wie Bettlägerigkeit infolge der Unfallverletzungen gehindert war. Gerade die Erwägung, daß der Geschädigte die Stellung eines Ersatzfahrzeuges oder die Vorlage der für die Anmietung eines solchen erforderlichen Kosten hätte fordern können, sei ein entscheidender Grund für die Zubilligung der abstrakten Nutzungsentschädigung. Ein rechtlich anzuerkennendes Bedürfnis zur Anmietung eines Ersatzfahrzeuges aber habe auch in den Fällen der unfallbedingten Nutzungsverhinderung nicht bestanden.

Die an dieser Entscheidung geübte Kritik, gestützt teils auf Kausalitätsgrundsätze ², teils auf das in § 162 BGB zum Ausdruck gekommene Verbot, aus einer treuwidrig herbeigeführten Sachlage Vorteile zu ziehen ³, vermag nicht

¹ BGH NJW 68, 1778, 1780.

² So Hamann NJW 70, 889, der die Verletzung des Geschädigten nur als hypothetische, zweite Schadensursache ansieht, weil der eigentliche Ausfall der Benutzbarkeit des Wagens während der Reparaturzeit durch den Fahrzeugschaden herbeigeführt worden sei; in diesem Sinne auch schon Wiese S. 25. Indes ist nicht einzusehen, warum gerade die Verletzung des Geschädigten und nicht der Ausfall der Benutzbarkeit des Wagens die hypothetische, zweite Schadensursache sein soll.

³ Frössler NJW 72, 1795, 1796; ähnlich Werber

zu überzeugen. Insbesondere übersieht sie, daß es sich hierbei um die allgemein zu beobachtende Erscheinung handelt, daß sich der Umfang des zu leistenden Ersatzes nicht nach der Schwere der Verletzung, sondern nach dem Ausmaß der Folgen richtet ¹. So kann beispielsweise im Falle der Tötung der zu leistende Ersatz u.U. geringer sein als im Falle einer Körperverletzung, ohne daß sich dem entgegenhalten ließe, der Schädiger dürfe bei der schwereren Verletzung nicht besser stehen als bei einer leichteren ¹.

1) BGH NJW 70, 1120

Anders als in dem oben ² angeführten Fall BGH NJW 67, 552, wo das Vorliegen einer fühlbaren vermögenswerten Beeinträchtigung bei Benutzung eines Ford 17 m und eines VW anstelle eines Citroën DS - 19 verneint worden war, bejahte der BGH ³ in einem Fall, in dem anstelle eines - aus geschäftlichen Interessen angeschafften - Mercedes 600 ein Opel Rekord zum Einsatz gekommen war, den Anspruch des Geschädigten auf die Nutzungsentschädigung hinsichtlich des Mercedes. Hier nämlich verzichte der Geschädigte bei seinen Fahrten mit dem Ersatzwagen nicht nur auf Bequemlichkeiten ⁴,

AcP 173, 158, 173 und Ströfer S. 73.

¹ Zeuner GS Dietz, 99, 119.

² Vgl. oben g, S. 132.

³ NJW 70, 1120.

⁴ Durch die Nutzungsausfallentschädigung soll

sondern auch auf Vorteile, die für ihn wirtschaftlichen Wert hatten und durchaus fühlbar waren ¹.

j) BGHZ 56, 214

Die uneinheitliche Entscheidungspraxis der Instanzgerichte bei der Bemessung des aus dem Nutzungsentgang erwachsenden Vermögensschadens war der Anlaß für die Entscheidung des VI. Zivilsenates des BGH vom 18.5.1971 ². Entgegen der Übung eines Teiles der Gerichte, feste Hundertsätze des üblichen Mietwagenspreises eines entsprechenden Ersatzwagens zuzusprechen ³, folgte der BGH mit

also nicht die Einbuße an Bequemlichkeit, die ein zur Verfügung stehendes privates Kraftfahrzeug bietet, ausgeglichen werden. Anders das LG Bremen (VersR 68, 907), das eine Entschädigung beim Ausfall eines Motorrollers versagte, weil die Bequemlichkeitseinbuße, die sich für den Kläger aus der Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel anstelle des Rollers ergeben hatte, "denkbar gering" gewesen sei. Ebenso auch das AG Kiel (VersR 75, 387), das allerdings für den unfallbedingten Nutzungsausfall bei einem Motorrad einen - freilich geringeren - Ersatz zubilligte, weil immerhin die Unabhängigkeit von öffentlichen Verkehrsmitteln und der "durch das Fahrzeug vermittelte Prestigewert" vorübergehend entfallen waren.

¹ AaO., S. 1121, r. Sp.

² BGHZ 56, 214.

³ In diese Richtung wiesen die Ausführungen im Senatsurteil vom 15.4.1966 (BGHZ 45, 212, 220; vgl. oben f, S. 131 bei Fn. 3 f). In der Ausgangsentscheidung BGHZ 40, 345 hatte der III. Zivilsenat keinen Anlaß gehabt, diese Frage zu erörtern, weil der dort geltend gemachte Betrag der Höhe nach unstreitig gewesen war.

dem überwiegenden Teil der Praxis dem Berechnungsvorschlag von Sanden/Danner ¹. Diese Berechnungsweise geht zwar ebenfalls vom üblichen Mietpreis aus, scheidet aber praktisch die dem Mietwagenbetrieb eigenen Berechnungsfaktoren wieder aus und gelangt so auf einem Umweg doch lediglich zu einem Betrag, der die auf die Dauer der Nutzungsentziehung anteilig entfallenden fixen Kosten der Kraftfahrzeughaltung nur unwesentlich übersteigt. Daß der Durchschnittskraftfahrer bereit sei, für die Nutzung seines Fahrzeuges insgesamt Aufwendungen zu machen, die oft nicht unerheblich höher seien als die Kosten der zeitraubenderen Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel, bringe die heutiger Verkehrsauffassung entsprechende Wertschätzung des Kraftfahrzeuggebrauchs zum Ausdruck ². Diese rechtfertige es, bei der Entschädigung über die reinen Vorhaltekosten noch etwas hinauszugehen. Jedenfalls der unvorhergesehene Ausfall eines in den Lebensablauf eingeplanten Kraftfahrzeugs pflege Entbehrungen zu verursachen, die mit der Erstattung der regelmäßig für dessen Gebrauch aufgewandten Kosten noch nicht voll ausgeglichen seien; der Kraftfahrer wäre kaum bereit, gegen das Angebot einer solchen Kostenerstattung zeitweise freiwillig auf den Gebrauch zu verzichten.

¹ AaO, S. 217.

² AaO, S. 220.

k) BGH NJW 74, 33; BGH NJW 75, 922

Die Fühlbarkeit der Beeinträchtigung bejaht und daher eine Nutzungsausfallentschädigung zugesprochen wurde vom BGH auch in den Fällen, in denen der PKW während der fraglichen Zeit zwar nicht vom Eigentümer selbst, wohl aber von dessen Familienangehörigen oder auch anderen Personen aufgrund einer - wenn auch womöglich "unausgesprochenen" ¹ - Vereinbarung hätte genutzt werden können ². Damit wurde die Bedarfsfrage von der Person des Eigentümers gelöst ³. Eine Vernachlässigung der Subjektbezogenheit des Schadens soll darin gleichwohl nicht liegen, weil auch die Möglichkeit, das Fahrzeug anderen Personen zur Verfügung zu stellen, nach der allgemeinen Lebenserfahrung von den Gebrauchsmöglichkeiten eines Kraftfahrzeuges erfaßt werde ⁴.

1) BGHZ 63, 203; BGHZ 65, 170

Kein Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsausfallentschädigung soll hingegen dann bestehen, wenn der Gebrauch des Wagens durch Einwirkungen auf die Person des Nutzungsberechtigten

¹ BGH NJW 75, 922, 923, r. Sp.

² BGH NJW 74, 33 (Sohn); BGH NJW 75, 922 (Verlobte); ebenso OLG Düsseldorf DAR 74, 215; nach Auffassung des OLG Köln (VersR 77, 937) soll Voraussetzung allerdings sein, daß das Fahrzeug auch zum gemeinsamen Gebrauch angeschafft war und von dem Familienangehörigen oder der Verlobten tatsächlich benutzt wurde.

³ Medicus BR Rdnr. 826 aE.

⁴ BGH NJW 74, 33, 34.

verhindert wurde, weil etwa dem Betroffenen die Fahrerlaubnis zu Unrecht entzogen wurde ¹. Wenn ein Ersatzanspruch in den Fällen verneint werde, in denen sowohl das Fahrzeug beschädigt worden als auch dem Betroffenen aus persönlichen - möglicherweise auch unfallbedingten ² - Gründen die Benutzung des Fahrzeugs unmöglich gewesen sei, so sei ein solcher erst recht dann zu versagen, wenn immerhin der Wagen unbeschädigt geblieben sei ³. Da der Anspruchsteller trotz seiner persönlichen Verhinderung nach wie vor in der Lage gewesen sei, über die Nutzung durch entgeltliche oder unentgeltliche Gebrauchsüberlassung an Dritte zu verfügen, sei er lediglich in seiner Dispositionsfreiheit beeinträchtigt gewesen, während die Gebrauchsmöglichkeit selbst nicht ausgeschlossen gewesen sei ⁴.

Nicht zu überzeugen vermögen jedenfalls die Gründe, auf die der BGH in seinem Urteil vom

¹ BGHZ 63, 203; BGHZ 65, 170. Letzterer Fall wies die hier nicht weiter interessierende Besonderheit auf, daß der Betroffene, anstatt selbst die Kosten der Kraftfahrzeughaltung zu bestreiten, sich das Recht auf die Benutzung des Wagens durch seine Arbeitskraft "erkauft" hatte. Die Entscheidungen werden befürwortet etwa von Larenz SchR I, § 29 II c, S. 460 und Schulte S. 115 f. Vgl. zum Problem auch unten E II 5, S. 221.

² Vgl. BGH NJW 68, 1778 und dazu oben h, S. 133 f.

³ BGHZ 63, 203, 206; ebenso schon BGHZ 55, 146, 148 (dazu unten 3 a, S. 153 ff.).

⁴ BGHZ 63, 203, 206 unter Hinweis auf BGHZ 55, 146, 150; vgl. zu dieser Entscheidung unten 3 a, S. 153 ff.

18.9.1975 ¹ diesen mit der Entscheidung BGHZ 63, 203 bezogenen Standpunkt zusätzlich stützen wollte. Allerdings ist es richtig, daß das Gesamtvermögen durch die zeitweilige persönliche Hinderung, von der Fahrerlaubnis Gebrauch zu machen, nicht gemindert ist, weil ein Wertunterschied zwischen dem tatsächlichen und dem unter Ausklammerung dieser Verhinderung gedachten Vermögensstand nicht festzustellen ist ². Jedoch verhält sich das nicht anders bei der durch die Beschädigung eines Kraftfahrzeuges verursachten Gebrauchsentbehrung als solcher, die dennoch in ständiger Rechtsprechung als Vermögensschaden angesehen wird ³. Freilich hatte der VI. Zivilsenat in seiner diesbezüglichen Grundsatzentscheidung vom 15.4.1966 ein Abgehen von der Differenzhypothese lediglich in den Fällen der konkreten Beeinträchtigung einzelner Vermögensgüter befürwortet ⁴. Der durch die Beschädigung einer Sache herbeigeführte Nutzungsausfall ist indes nicht weniger nur mittelbar verursacht und deshalb nicht weniger Folgeschaden als der durch eine Einwirkung auf die Person erzwungene Gebrauchsverzicht ⁵. Man kann sich somit des Eindrucks nicht erwehren, daß der BGH sich in der Entscheidung vom 18.9.1975 ⁶ der Differenzhypothese nur deshalb

¹ BGHZ 65, 170.

² So BGH aaO, S. 173 f.

³ Stoll JZ 76, 281.

⁴ BGHZ 45, 212, 218; vgl. oben f, S. 130.

⁵ Stoll aaO, S. 281 f.

⁶ BGHZ 65, 170, 173 f.

erinnerte, weil sie in sein Konzept paßte, indem sie das von ihm gewonnene Ergebnis abstützte.

Als gefährlich erweist sich auch das Argument, ein Vermögensschaden lasse sich schon deshalb nicht annehmen, weil der Kläger das Bedürfnis, ein Verkehrsmittel zu benutzen, durch die Führung eines Ersatzwagens überhaupt nicht hätte befriedigen können ¹. Die Entziehung der Fahrerlaubnis begründet nämlich zwar keinen Bedarf des Betroffenen nach Miete eines Ersatzwagens, wohl aber regelmäßig nach Verpflichtung eines geeigneten Fahrers oder nach Benutzung von Taxis ².

m) BGH NJW 76, 286

Nutzungsausfall für ein beschädigtes Kraftfahrzeug kann nach Auffassung des BGH auch nicht fordern, wer über mindestens ein zweites, derzeit ungenutztes Fahrzeug verfügt, dessen ersatzweiser Einsatz ihm zuzumuten ist ³. Dann nämlich fehle es an einer fühlbar gewordenen Beeinträchtigung ⁴.

¹ BGH aaO, S. 174.

² Stoll aaO, S. 282, 1. Sp.

³ BGH NJW 76, 286, LS. Allerdings ging es dort um ein beschädigtes Nutzfahrzeug (vgl. dazu unten o, S. 142 ff. sowie unten E II 4, S. 219 f.). Jedoch betreffen die hier interessierenden Erwägungen auch, ja sogar zunächst die Fälle der Beschädigung eines privatgenutzten PKW, vgl. BGH aaO, r. Sp.

⁴ BGH aaO, r. Sp.

n) BGHZ 66, 239

Im Fall BGHZ 66, 239 hatte der Eigentümer sein unfallbeschädigtes Kraftfahrzeug unrepariert in Zahlung gegeben und alsbald einen neuen Wagen erhalten. Das Gericht versagte ihm die für die Zeit der nur gedachten Reparatur des alten Wagens geforderte Nutzungsausfallentschädigung ¹.

Daß dem Eigentümer in derselben Entscheidung gestattet wurde, den übrigen Schaden noch auf Reparaturkostenbasis, d.h. über § 249 S. 2 BGB zu berechnen ², bedeutet demgegenüber entgegen der Auffassung von Bader ³ und Jung ⁴ keinen gedanklichen Bruch. Die Versagung der Nutzungsentschädigung rechtfertigte sich nämlich aus der mangelnden Fühlbarkeit der Nutzungsbeeinträchtigung und damit aus einem Gesichtspunkt, der für die Erstattung von - real entstandenen oder auch nur fiktiven - Reparaturkosten keine Rolle spielt ⁵.

Nicht zu überzeugen vermag ferner der Einwand, das Gericht lasse unberücksichtigt, daß die Dauer der nötigen Reparatur den bei

¹ AaO, S. 249 f.

² AaO, S. 240 ff. Anders aber neuerdings BGHZ 81, 385, 390 ff. (vgl. oben C I 2, S. 19 Fn. 3); freilich ging es dort um ein beschädigtes und inzwischen weiterveräußertes Hausgrundstück.

³ DAR 79, 15.

⁴ DAR 82, 2, 3, 1. Sp.

⁵ Vgl. Medicus DAR 82, 352, 360, 1. Sp.

der Inzahlungsgabe des Unfallwagens erzielbaren Preis mindere ¹. Es steht dem Geschädigten nämlich frei, eine die Reparaturkosten übersteigende Minderung des Verrechnungspreises dadurch zu liquidieren, daß er nach § 251 Abs. 1 BGB konkret und nicht auf der Basis der fiktiven Reparaturkosten abrechnet ².

o) BGHZ 70, 199

In dem die Beschädigung eines einem städtischen Verkehrsbetrieb gehörenden Linienbusses betreffenden Fall BGHZ 70, 199 hob das Gericht zunächst hervor, daß die Erwägungen, die bei lediglich privat genutzten Fahrzeugen zur Zubilligung einer Entschädigung für zeitweise entgangene Gebrauchsvorteile geführt hätten, bei gewerblich genutzten Fahrzeugen, Behördenfahrzeugen und Fahrzeugen gemeinnütziger Einrichtungen nicht schlechthin ausgeschlossen wären ³. Wo allerdings das Fahrzeug unmittelbar zur Erbringung gewerblicher Leistungen diene ⁴, werde sich die Gebrauchsentbehrung durch den Entgang von sonst zu erwartenden Einnahmen (§ 252 BGB) oder über die mit einer Ersatz-

¹ AG Köln DAR 80, 174; zustimmend Jung DAR 82, 2, 3, r. Sp.

² Medicus aaO.

³ AaO, S. 203.

⁴ Das ist nicht der Fall bei Polizeidienstfahrzeugen; bei deren Beschädigung steht dem Träger der Polizei daher eine Nutzungsausfallentschädigung zu, vgl. LG Köln VersR 67, 986 und LG Nürnberg-Fürth NJW 82, 2079.

beschaffung verbundenen Unkosten unmittelbar in einer Minderung des Gewerbeertrags niederschlagen. Soweit dies zutreffe, habe der Geschädigte den Ertragsentgang konkret zu berechnen. Die "Möglichkeit", den Entbehrungsschaden "abstrakt" zu berechnen, bedeute insoweit keine Wahlmöglichkeit, sondern trete allenfalls hilfsweise da ein, wo es infolge besonderer persönlicher Anstrengungen oder Verzichte des Geschädigten nicht zu einem Niederschlag im Gewerbeertrag gekommen sei¹. Sei nach dem Ausgeführten bei einem Fahrzeug der hier in Frage stehenden Art eine Nutzungsentschädigung kaum denkbar, so könne sie jedenfalls nicht neben den auf die Reparaturzeit entfallenden Vorhaltekosten eines Reservefahrzeugs verlangt

¹ Im Anschluß an diese Entscheidung des BGH vom 10.1.1978 versagen auch das OLG Frankfurt (VersR 79, 745) sowie das OLG Stuttgart (VersR 81, 361) dem geschädigten Unternehmer ein solches Wahlrecht. Vgl. OLG Frankfurt aaO, 1. Sp.: Die Möglichkeit, den Schaden konkret beziffern und darlegen zu können, enthebt von der Notwendigkeit, eine Schadensberechnung nach den allgemeinen Gesichtspunkten einer Gebrauchsentschädigung zuzulassen. Es liegt deshalb kein Anlaß vor, bei dem Ausfall gewerblich genutzter Fahrzeuge von den Anforderungen nach einem konkreten Schadensnachweis abzugehen. Anders der BGH in der Entscheidung NJW 66, 589, wo dem geschädigten Busunternehmer noch weitgehend - so nur seine "wirtschaftliche Bewegungsfreiheit" beschränkt war - die Wahl zwischen konkreter und abstrakter Schadensberechnung gelassen worden war. Ebenso das KG MDR 72, 50 (vorübergehender Ausfall eines städtischen Müllwagens; der Höhe nach wurde der Anspruch freilich auf die Vorhaltekosten beschränkt).

werden, weil ja durch letzteres Fahrzeug die durch den zeitweisen Ausfall des Schadensfahrzeugs gerissene Lücke wirksam ausgefüllt werden konnte und eine weitere Gebrauchsentbehrung nicht entstanden sei ¹. Anders als im Senatsurteil BGHZ 56, 214 ², wo es darum gegangen sei, einen angemessenen Ausgleich für eine tatsächlich entstandene, nicht ausgeglichene, sondern vom Geschädigten unter Verzicht auf einen Mietwagen erduldeten Gebrauchsentbehrung zu finden, könne der Unternehmer keinen "maßvollen Zuschlag" zu den Vorhaltekosten des Reservefahrzeugs beanspruchen ³. In jenem Urteil seien die Vorhaltekosten, die der Geschädigte für die Verfügbarkeit des Fahrzeugs aufzuwenden bereit gewesen sei und während des Nutzungsausfalles fruchtlos habe aufwenden müssen, gewissermaßen als Sockelbetrag eingesetzt worden. Der Zuschlag sei dann daneben gewährt worden, um den unerwarteten Ausfall des in die Lebensgestaltung eingeplanten Fahrzeugs voll auszugleichen.

p) BGHZ 85, 11

Im Fall BGHZ 85, 11 beanspruchte der Eigentümer eines Kraftfahrzeugs, dem dieses vom mit dem Verkauf des Wagens beauftragten Vermittler nach der Kündigung des Auftrags zu Unrecht eine Zeitlang vorenthalten worden war, eine abstrakt berechnete Nutzungs-

¹ AaO, S. 204 f.

² Dazu oben j, S. 135 f.

³ AaO, S. 205.

ausfallentschädigung.

Das Berufungsgericht war der Auffassung gewesen, die Rechtsprechung über die Gewährung einer solchen Entschädigung lasse sich grundsätzlich nicht auf die Vorenthaltung des Besitzes eines Fahrzeugs im Rahmen von Vertragsbeziehungen ausdehnen ¹. Der Ersatz von Nutzungsausfall sei aus dem Gesichtspunkt der Abdeckung eines typischen, in der gesetzlichen Haftpflichtversicherung abgedeckten Massenrisikos des modernen Straßenverkehrs nur gerechtfertigt, wenn bei einem haftungsbegründenden Unfall die Substanz und Gebrauchsfähigkeit des Fahrzeugs selbst beeinträchtigt werde, es also beschädigt würde und deshalb objektiv nicht fahrbereit sei ².

Der BGH hingegen bejahte den Schadensersatzanspruch. Ein solcher setze keine sich als Sachbeschädigung darstellende oder die Sachsubstanz beeinträchtigende Wirkung auf das Fahrzeug voraus ³.

Dahinstehen könne, wie zu entscheiden wäre, wenn lediglich ein Forderungsrecht unbefriedigt geblieben wäre. Im zu entscheidenden Fall sei nämlich dem Eigentumsherausgabensanspruch des Klägers zu Unrecht ein nicht mehr bestehendes Besitzrecht entgegengehalten und damit in die dem Kläger zustehende Befugnis eingegriffen worden, mit dem

¹ Vgl. BGH aaO, S. 13.

² Vgl. BGH aaO, S. 14.

³ AaO, S. 15.

Kraftfahrzeug grundsätzlich nach Belieben zu verfahren. Es seien keine Gesichtspunkte zu erkennen, die für eine unterschiedliche Behandlung solcher Fälle sprächen, je nachdem, ob ein deliktischer oder ein vertraglicher Schadensersatzanspruch in Frage stehe; im einen wie im anderen Fall sei ausschlaggebend, daß es sich um eine die Benutzung objektiv verhindernde Einwirkung auf das Fahrzeug selbst handle ¹.

¹ AaO, S. 16.

2.) Die anfängliche Gewährung von Nutzungsausfallentschädigungen bei anderen Sachen als Kraftfahrzeugen

Da es ein Sonderrecht für Kraftfahrzeuge nicht gibt, müßten die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze auch für andere Sachobjekte gelten ¹. Und in der Tat wurde in den ersten Jahren nach dem Ergehen der Grundsatzentscheidungen BGHZ 40, 345 ² und BGHZ 45, 212 ³ in einer Reihe von Fällen Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile auch bei anderen Sachen als Kraftfahrzeugen zuerkannt.

a) AG Iserlohn VersR 65, 1212

Als - soweit ersichtlich - erstes Gericht sah sich das AG Iserlohn ⁴ mit der Frage konfrontiert, ob die vom BGH soeben zum Kfz-Nutzungsausfall entwickelte Rechtsprechung auch auf den Verlust von Gebrauchsvorteilen bei anderen Sachen zu erstrecken sei. Der Kläger verlangte vom Beklagten, der mit der Rückgabe des ihm vom Kläger zur Reparatur übergebenen Tonbandgeräts in Verzug geraten war, Ersatz von Verzugsschaden in Höhe der Hälfte der Kosten, die bei Anmietung eines Ersatzgeräts entstanden wären, aus dem Gesichtspunkt des Verlustes des Gebrauchsvorteils. Das AG gab der Klage statt. Als Begründung - oder genauer gesagt: anstelle einer solchen - diente die Bezugnahme auf die

¹ Lange § 6 VII 4 b, S. 189.

² Dazu oben 1 d, S. 117 ff.

³ Dazu oben 1 f, S. 124 ff.

⁴ VersR 65, 1212.

Rechtsprechung des BGH zur Nutzungsentschädigung bei Kraftfahrzeugen. Gegen eine solche bedenkenlose Übernahme dieser Rechtsprechung ist einzuwenden, daß ein Teil der Gesichtspunkte, die den BGH bei seiner Entscheidung vom 30.9.1963 ¹ dazu bewogen haben ², den Nutzungsausfall eines Kraftfahrzeuges als einen in Geld auszugleichen- den Schaden anzusehen, nur für die dort angesprochenen Fälle zutrifft.

b) KG NJW 67, 1233

Das KG ³ sprach dem Erwerber eines mit einem Einfamilienhaus bebauten Grundstücks unter Berufung auf die Rechtsprechung des BGH ⁴ eine abstrakte Nutzungsentschädigung für den zeitweiligen, auf Verzug des Veräußerers bei der Grundstücksübergabe zurückzuführenden Ausfall der Eigennutzung zu.

¹ BGHZ 40, 345; vgl. dazu oben 1 d, S. 117 ff.

² Etwa Anschaffung eines Kraftfahrzeugs - zumindest auch - aus wirtschaftlichen Gründen (vgl. BGHZ 40, 345, 349). Das AG hingegen wollte eine Nutzungsausfallentschädigung unabhängig davon gewähren, ob das Tonband nur Annehmlichkeiten privater Art verschaffen oder ob es darüber hinaus etwa der beruflichen Fortbildung dienen sollte.

³ NJW 67, 1233.

⁴ BGHZ 40, 345 (dazu oben 1 d, S. 117 ff., vgl. insbesondere S. 119 Fn. 2); BGHZ 45, 212 (dazu oben 1 f, S. 124 ff.); BGH NJW 63, 2020 (dazu oben 1 f, S. 127 ff.).

c) BGH NJW 67, 1803

In einer Entscheidung vom 14.6.1967 ¹ gewährte der VIII. Zivilsenat des BGH eine Geldentschädigung für die zeitweilige Unbenutzbarkeit eines Hauses, obwohl die Anspruchstellerin nicht bewiesen hatte, daß sie das Haus ohne das Schadensereignis in dem fraglichen Zeitraum selbst bewohnt oder vermietet hätte. Da ein Hausgrundstück in aller Regel der Nutzung durch den Eigentümer (Wohnen oder Vermieten) diene, ergebe sich die Ersatzpflicht aus denselben Erwägungen, aus denen auch in der vorübergehenden Unmöglichkeit der Benutzung eines Kraftwagens als solcher bereits ein Vermögensschaden gesehen werde ². - Indes läßt sich ein Teil der Überlegungen, die den BGH zur Zuerkennung einer abstrakten Nutzungsentschädigung bei Kraftfahrzeugen bewogen haben, nicht auf den Fall entgangener Nutzungen bei einem Haus übertragen. So wurden ja etwa als Hauptvorteile des jeder-

¹ BGH NJW 67, 1803; vgl. auch oben 1 f, S. 127 Fn. 2.

² AaO, S. 1803 f. Die Kritik von Schulte (S. 63), das Gericht sei über das vom BGH bereits betonte Erfordernis der Fühlbarkeit der Entbehrung (vgl. BGHZ 40, 345, 353, dazu oben 1 d, S. 120, bei und in Fn. 2; BGHZ 45, 212, 219) einfach hinweggegangen, wäre dann berechtigt, wenn dem Beklagten versagt worden wäre, das Fehlen eines konkreten Schadens nachzuweisen. Daß der BGH indes nicht das Vorliegen eines Schadens fingieren, sondern nur die Beweislast umkehren wollte, ergibt sich insbesondere aus der Bezugnahme aaO, S. 1804, auf die Entscheidung BGH NJW 64, 717. Dort war dem Schädiger die Beweislast dafür auferlegt worden, daß die Unbenutzbarkeit des beschädigten Kraftfahrzeuges für den Eigentümer nicht fühlbar geworden war.

zeit zur Verfügung stehenden Kraftwagens der ermöglichte Zeitgewinn und die für viele Lebensbereiche wichtige Vermittlung rascher Beweglichkeit angesehen und gerade daraus auf das Vorliegen einer angeblich bestehenden Verkehrsauffassung geschlossen, wonach die Störung der Nutzungsmöglichkeit eines Kraftwagens einen wirtschaftlichen Nachteil darstellt ¹.

d) OLG Oldenburg VersR 69, 527

Das OLG Oldenburg ² sprach einem Jagdpächter dafür, daß durch eine mehrmonatige, einen Teil der Hauptjagdzeit erfassende und mit erheblichem Lärm verbundene Rohrverlegung quer durch sein Jagdgebiet das Wild vergrämt und er in der Jagdausübung behindert worden war, Schadensersatz in Höhe von einem Drittel des jährlichen Pachtzinses zu. Das Vorliegen eines materiellen Schadens neben der ideellen Einbuße ergebe sich aus dem Umstand, daß der Pächter während des fraglichen Zeitraums keinen Gegenwert für den gezahlten Pachtzins erhalten habe.

e) LG Kiel SchlHA 73, 33

Das LG Kiel ³ sprach eine Geldentschädigung für die vorübergehende Gebrauchsentziehung eines Segelschiffes zu. Wer in seiner Freizeit segeln wolle, könne dies nämlich in

¹ BGHZ 45, 212, 215.

² VersR 69, 527.

³ SchlHA 73, 33; vgl. auch oben 1 d, S. 119 Fn. 2 aE.

aller Regel nur tun, wenn er sich den im Segeln liegenden Freizeitgenuß - nicht anders als der Eigentümer eines Kraftfahrzeugs dessen Nutzung - erkaufe¹. Wie dieser tätige der Eigentümer eines Segelbootes Aufwendungen für dessen Anschaffung und Unterhaltung, um jederzeit ein einsatzbereites Fortbewegungsmittel auf dem Wasser zu haben. Daß Schiffe ähnlicher Größe nicht zu mieten seien, bedeute nicht, daß in der Gebrauchs- entziehung als solcher kein Vermögensschaden zu sehen sei. Die Frage, ob anerkannte Bewertungsmaßstäbe für die Gebrauchskarenz zur Verfügung stünden, sei nämlich eine Frage der Schadensberechnung und betreffe daher nicht den Grund des Ersatzanspruches².

¹ AaO, S. 34, 1. Sp. unter Hinweis auf BGH NJW 56, 1234 (Seereisefall).

² AaO gegen BGHZ 45, 212, 217. Wie das LG Diederichsen (FS Klingmüller, S. 65, 74), der darauf hinweist, daß der BGH selbst in einer anderen Entscheidung (BGH VersR 58, 176, 177) richtigerweise eine gedankliche Trennung vorgenommen habe zwischen der Feststellung, daß etwas ein Vermögensschaden sei, einerseits und der sich erst daran anschließenden Schadensberechnung andererseits. Aber auch ansonsten dürfte anerkannt sein, daß ein Vermögensschaden, dessen Höhe aus tatsächlichen Gründen auch nicht einmal annähernd ermittelt werden kann, dadurch nicht zu einem immateriellen Schaden wird (Lange § 2 I, S. 34 mit Beispielen S. 34 f.). Inwieweit in solchen Fällen ein Schadensersatzanspruch mit Hilfe von § 287 ZPO errechnet werden kann, ist eine Frage des Beweis- und damit des Prozeßrechts (Lange aaO, S. 35).

f) OLG Köln NJW 74, 560

Das OLG Köln ¹ erkannte dem Eigentümer eines Einfamilienhauses mit einer Schwimmhalle, die infolge von Baumängeln eine Zeitlang nicht benutzbar war, Schadensersatz für die entgangene Nutzungsmöglichkeit zu. Entscheidender Gesichtspunkt für die Gewährung einer Nutzungsausfallentschädigung bei Kraftfahrzeugen sei, daß die Gebrauchsmöglichkeit eines solchen ein nach objektiven Gesichtspunkten feststellbarer Vermögenswert und damit die Nutzungsverweigerung ein in Geld meßbarer Schaden sei. Dürfte sich für Schwimmhallen - anders als bei Häusern - zwar kein üblicher Mietzins feststellen lassen, so ermögliche doch der auch in die Rechtsprechung eingegangene Frustrierungsgedanke, die entgangenen Gebrauchsvorteile hier ebenfalls nach objektiven Gesichtspunkten zu bemessen ².

3.) Die nunmehrige Versagung einer Nutzungsausfallentschädigung bei anderen Sachen als Kraftfahrzeugen

Wurde zunächst also die Übertragung der zur Nutzungsausfallentschädigung bei Kraftfahrzeugen entwickelten Grundsätze auf die Fälle, in denen die Gebrauchsmöglichkeit anderer Sachen vorübergehend entzogen wurde, verschiedentlich als unbedenklich angesehen, so ist seit etwa zehn Jahren eine gegenläufige Tendenz festzustellen. Die Gerichtsentscheidungen dieser letzten Jahre sind durch das Bemühen gekennzeichnet, eine Ausuferung der Rechtsprechung über den Entzug von Gebrauchsmöglichkeiten

¹ NJW 74, 560.

² AaO, S. 561.

von Kraftfahrzeugen auf andere Fallgruppen zu vermeiden ¹. Damit wurde der Begehrlichkeit, die sich bei manchen Geschädigten angesichts der Rechtsprechung zum Kraftfahrzeugnutzungsausfall zeigte ², entgegengetreten, zugleich aber das Kraftfahrzeugschadensrecht im Ergebnis doch in gewisser Weise als Sonderrecht etabliert ³.

a) BGHZ 55, 146

Die erste bedeutsame, später freilich auch auf den Kraftfahrzeugsektor übertragene ⁴

¹ Hansen MDR 80, 892 f.

² Vgl. den Fall OLG Köln OLGZ 73, 7: Der Kläger, ein passionierter Jäger, verlangte als Schadensersatz für die Zerstörung des Schädels eines ihm als Jagdtrophäe teuren Hirschgeweihes unter Anführung der Rechtsprechung des BGH zur Nutzungsausfallentschädigung bei Kraftfahrzeugen Zahlung der Kosten, die ihm entstünden, wenn er selbst wieder einen Hirsch erlegen wollte, dessen Geweih für ihn als Jagdtrophäe den gleichen Wert hätte wie das beschädigte. Das OLG wies die Klage zu Recht ab. Wenn eine Herstellung gem. § 249 BGB nicht möglich oder nicht ausreichend sei, könne über § 251 BGB nur Ersatz des Verkehrswertes des Geweihes verlangt werden (aaO, S. 8 f.). Über diesen materiellen Verlust hinaus sei der Kläger nur in immateriellen Interessen (Erinnerung an das Jagderlebnis; Stolz auf den Jagderfolg; Möglichkeit, diesen vorzuführen) betroffen (aaO, S. 10). Einer Geldentschädigung für die Beeinträchtigung dieser Interessen aber stehe § 253 BGB entgegen.

³ Brinker S. 31.

⁴ Vgl. oben 1 1, S. 137 ff.

Eingrenzung nahm der BGH in seinem Urteil vom 15.12.1970 ¹ vor. Dort wurde einem Jagdpächter, der durch eine unfallbedingte Körperverletzung für einige Zeit an der persönlichen Ausübung seines langjährigen Jagdpachtrechtes gehindert worden war, die für diese Entbehrung geforderte Geldentschädigung (in Höhe der nutzlos gewordenen Aufwendungen) versagt. Begründet wurde dies einmal mit denjenigen Argumenten, auf die der BGH später auch für den Kraftfahrzeugsektor die Versagung einer Nutzungsausfallentschädigung bei Einwirkungen auf die Person des Nutzungsberechtigten stützte ². Aber auch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt nutzlos gewordener Aufwendungen sei der Klageanspruch nicht gerechtfertigt ³. Die laufenden Kosten einer Jagdpacht stellten nämlich keinen besonderen Aufwand für einen bestimmten einmaligen Zweck dar, weil nicht ein "Lebensziel" konkret ergriffen worden sei, zu dessen Erreichung endgültige Aufwendungen gemacht worden seien ⁴. Dahinstehen könne somit, ob dem Frustrierungsgedanken im Grundsatz überhaupt zu folgen sei ³. Zurückhaltung gegenüber einer unbegrenzten Bejahung der Ersatzfähigkeit solcher Nutzungsschäden sei auch deshalb geboten, weil sich sonst im Bereich der Körper- und

¹ BGHZ 55, 146.

² Vgl. oben 1 1, S. 138 bei Fn. 2 - 4.

³ AaO, S. 151.

⁴ AaO, S. 151 f. unter Hinweis auf Larenz FG Oftinger, S. 151, 163 (vgl. dazu im einzelnen oben C IV 5, S. 58 f.) und Mertens S. 160 (vgl. dazu im einzelnen oben C II 1, S. 29).

Gesundheitsverletzungen neben den herkömmlich anerkannten Ersatzpflichten dem Sinngehalt der in Frage stehenden Haftungs-normen nicht entsprechende Lasten unüber-sehbaren Umfangs (z.B. Ersatz der Wohnungs-miete während eines Krankenhausaufenthaltes, der vergeblich aufgewendeten Berufsausbildungs-kosten) ergeben könnten ¹.

b) KG NJW 72, 1427

Nach Auffassung des KG ² sollen die für Kraft-fahrzeugunfälle entwickelten Grundsätze auf ein überwiegend der Freizeitgestaltung und Erholungszwecken dienendes großes Motorboot auch nicht entsprechend anwendbar sein. Die Gebrauchsbeeinträchtigung eines solchen "nicht im eigentlichen Sinne genutzten" Luxusgegen-standes stelle keinen wirtschaftlichen Schaden, sondern eine wegen § 253 BGB nicht ersatzfähige individuelle Genußschmälerung und Bequemlich-keitseinbuße dar. Die für das Boot zu machen-den erheblichen Aufwendungen dienten nicht dem Zweck, es jederzeit zur Verfügung zu haben, sondern der Freizeitgestaltung und Erholung und damit dem nur gelegentlichen Gebrauch, und auch nicht der Zeitersparnis und dem verbesserten Einsatz der Arbeitskraft, sondern im Gegen-teil dem Zeitvertreib. Alle Kriterien also, die die Rechtsprechung veranlaßt hätten, in der Beeinträchtigung der Nutzung eines Kraft-fahrzeuges einen wirtschaftlichen Schaden zu sehen, seien bei einem solchen Boot nicht gegeben.

¹ AaO, S. 152.

² NJW 72, 1427.

c) OLG Düsseldorf NJW 73, 659

Das OLG Düsseldorf ¹ versagte den für die zeitweilige Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit eines Privathauses geforderten Schadensersatz. Eine solche Beeinträchtigung berühre bei einem Privathaus in erster Linie die Bewegungsfreiheit, die Bequemlichkeit und das Wohlbefinden und sei deshalb nicht als Vermögensschaden anzusehen ². Ein immaterielles Gut erlange nicht dadurch einen Vermögenswert, daß es durch frühere Vermögensaufwendungen erkaufte wurde ³. Bedenklich sei schon, überhaupt auf vor dem Schadensereignis liegende Aufwendungen zurückzugreifen. Da Nutzungs- und Genußmöglichkeiten größtenteils durch Vermögensaufwendungen erkaufte würden, würde § 253 BGB völlig bedeutungslos werden. Eine Weiterführung der auf einer Überbewertung der Bedeutung des Automobils beruhenden Rechtsprechung zum Ersatz des reinen Nutzungsausfalles über den Kraftfahrzeugbereich hinaus bedeute eine fragwürdige Entwicklung des Schadensrechts. Außerdem sei sie jedenfalls insofern rechtspolitisch unerwünscht, als ihre Folgen in den praktisch relevanten Fällen anstelle des Schädigers über höhere Versicherungsprämien und Preise die Allgemeinheit träfen. Auf deren Kosten einen Ausgleich für infolge von Sachbeschädigung entgangene individuelle Annehmlichkeiten zu schaffen dürfte aber kaum den Vorstellungen eines billigen und vernünftigen Schadensausgleiches entsprechen.

¹ NJW 73, 659.

² AaO, S. 659 f.

³ AaO, S. 660, 1. Sp.

d) BGHZ 63, 393

Die im Urteil BGHZ 55, 146, 149 ¹ vom BGH noch offengelassene Frage, ob ein Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsausfallentschädigung auch über den Kraftfahrzeugbereich hinaus ohne weiteres für andere Fälle der zeitweiligen Gebrauchsentziehung anzuerkennen sei, wurde in der Entscheidung BGHZ 63, 393 verneint. Die zu bestimmten typischen, in der Interessenlage weitgehend gleichgelagerten Sachverhalten entwickelte Rechtsprechung lasse sich nicht ohne weiteres dahin verallgemeinern, daß stets oder doch regelmäßig bei zeitweiliger Gebrauchsentziehung eine Entschädigung verlangt werden könne ². Es bedürfe, wolle man die in § 253 BGB getroffene Regelung für diesen Bereich nicht völlig aushöhlen, stets einer Abwägung im Einzelfall, ob nach der Verkehrsauffassung die Benutzbarkeit einer Sache als selbständiger Vermögenswert neben ihrem Substanzwert angesehen werde und damit ihre Beeinträchtigung einen Vermögensschaden darstelle. Das richte sich im wesentlichen danach, inwieweit der ungestörte Genuß einer Sache bereits "kommerzialisiert" sei, d.h. durch besondere Vermögensaufwendungen erkaufte werde und andererseits die Sache vom Inhaber typischerweise - etwa durch Vermietung - gegen eine allgemein übliche oder doch jedenfalls nach objektiven Maßstäben errechenbare Vergütung zeitweilig gewinnbringend verwendet werden könne. Das Fehlen anerkannter Maßstäbe zur geld-

¹ Vgl. oben a, S. 153 ff.

² BGH aaO, S. 397.

mäßigen Bemessung einer zeitweiligen Gebrauchskarenz oder Gebrauchsüberlassung spreche in aller Regel dafür, daß in der Gebrauchsentziehung als solcher noch kein selbständiger wirtschaftlicher Schaden zu sehen sei ¹.

Im zu entscheidenden Fall hatte ein Pelzmantel mehrere Jahre lang nicht zur Verfügung gestanden. Der BGH sah diesen Nachteil als einen wegen § 253 BGB nicht zu entschädigenden, immateriellen Schaden an ². Bei der Anschaffung habe im Vordergrund nicht die Verwendung als winterliches Kleidungsstück gestanden, sondern - und schon dadurch unterscheide sich dieser Fall entscheidend von dem Nutzungsentgang bei einem Luxuskraftfahrzeug - neben der Kapitalanlage die Freude am Tragen eines derartigen wertvollen und schönen Stückes sowie das Bedürfnis, es in der Öffentlichkeit und bei besonderen Anlässen im Familienkreis zu zeigen ³. Der Gedanke an eine zeitweilige gewinnbringende Verwendung des Mantels sei ebenso selbstverständlich ausgeschlossen wie der, für die Dauer der Nutzungsbeeinträchtigung eine Ersatzanmietung vorzunehmen ⁴. Der vorliegende Sachverhalt sei daher mit den Fällen eines Nutzungsentgeltes bei Kraftfahrzeugunfällen für die Dauer der Reparaturzeit, wo gerade

¹ Ebenso das OLG Karlsruhe als Vorinstanz in dem Fall BGHZ 76, 179, vgl. dort S. 181.

² BGHZ 63, 393, 399.

³ AaO, S. 397 f.

⁴ AaO, S. 398.

typischerweise von der Möglichkeit der Anmietung eines Ersatzfahrzeuges Gebrauch gemacht werde, nach der Interessenlage schlechthin nicht zu vergleichen. Im Hinblick auf die Nachholbarkeit der Mantelbenutzung könne auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Urlaub als Vermögenswert ¹ nicht zum Vergleich herangezogen werden; daß die Urlaubszeit möglicherweise endgültig und unwiederbringlich vertan sei, stelle nämlich mit einem Grund für die Bejahung eines Vermögensschadens dar ².

e) BGHZ 66, 277

Im Fall BGHZ 66, 277 verlangte der Besteller eines noch zu errichtenden Wohnhauses, in dessen Besitz er aus einem vom Vertragspartner zu vertretenden Grund erst einige Monate später als vereinbart gelangt war, Schadensersatz für die entgangenen Gebrauchsvorteile. Die Höhe des auf § 286 Abs. 1 BGB gestützten Anspruches berechnete er nach dem Mietwert des Hauses.

Der BGH verneinte den Ersatzanspruch, weil die entgangenen Gebrauchsvorteile keinen gemäß § 251 Abs. 1 BGB in Geld zu ersetzenden Vermögensschaden darstellten ³. Die Rechtsprechung zum Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile eines Kraftfahrzeuges sei als solche auf einen fest umrissenen Regelungsbereich typischer Massenrisiken beschränkt und werde

¹ BGHZ 63, 98.

² AaO, S. 398 f.

³ AaO, LS.

insoweit letztlich von der Sacherwägung getragen, daß der auf einen Ersatzwagen verzichtende Eigentümer nicht schlechter gestellt werden solle als derjenige, der sich einen solchen Wagen miete ¹. Gegenüber einer Verallgemeinerung dahin, daß auch bei anderen Gegenständen des Rechtsverkehrs die zeitlich begrenzte Gebrauchsmöglichkeit als selbständiger Vermögensvorteil anzusehen und demgemäß deren Beeinträchtigung als ersatzfähiger Vermögensschaden zu bewerten sei, sei Vor-sicht geboten ². Es bestehe sonst die Gefahr, daß die Grenze zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschäden (vgl. § 253 BGB) verwischt werde und die Haftung des Schädigers ausufere ³. Auch seien schon die dogmatischen Grundlagen der Rechtsprechung zur Nutzungsausfallentschädigung bei Kraftfahrzeugen "noch nicht endgültig gesichert".

Nicht allgemein tragfähig sei insbesondere auch der Kommerzialisierungsgedanke ⁴. Da sich heute Genußmöglichkeiten so weitgehend mit Geld erkaufen ließen, ergäbe sich nämlich aus ihm keine sachgemäße Einschränkung für entgangene Gebrauchsvorteile ⁵. - Unklar bleibt freilich, wo sich der Kommerzial-

¹ AaO, S. 278; ebenso LG München I, VersR 79, 384, 385, r. Sp. (dazu unten g, S. 176 ff.) sowie LG Berlin VersR 80, 830 (dazu unten i, S. 182).

² AaO, S. 278 f.

³ AaO, S. 279.

⁴ Vgl. dazu oben C V, S. 66 ff.

⁵ AaO, S. 279 f.

sierungsgedanke angesichts seiner nach Auffassung des Gerichtes nicht zu beseitigenden Uferlosigkeit überhaupt als tragfähig erweisen sollte.

Auch bei grundsätzlicher Zustimmung zu diesem Gedanken sei die Frage der Selbständigkeit und damit die der selbständigen Ersatzfähigkeit des Vermögenswertes, den die Gebrauchsmöglichkeit habe, offen ¹. Gerade auf dem Bausektor würden Gebrauchsmöglichkeiten nach der Verkehrsanschauung nicht als selbständige Vermögenswerte angesehen ². - Bei Kraftfahrzeugen freilich wird die Selbständigkeit des Gebrauchswerts bejaht, obwohl dessen wirtschaftliche Verwertung - etwa durch Vermietung - viel seltener ist als die einer Wohnung oder eines Hauses. Es dürfte daher ganz im Gegenteil der Gebrauchswert einer Wohnung oder eines Hauses im allgemeinen Bewußtsein auch weit tiefer verhaftet sein als derjenige eines Kraftfahrzeugs ³. Daß der Hinweis auf die angebliche Verkehrsauffassung zudem ohne jede Abstützung auf empirische Untersuchungen über das im betreffenden Verkehrskreis Übliche gebraucht wird, legt den Verdacht nahe, daß es sich gar nicht um die Übernahme gesellschaftlicher Wertungen handelt, sondern nur um eine

¹ AaO, S. 280.

² AaO, S. 279; ebenso das OLG Karlsruhe als Vorinstanz in dem Fall BGHZ 76, 179, vgl. dort S. 181.

³ Hansen VersR 77, 510, 1. Sp. Vgl. auch § 21 Abs. 2 EStG, wonach der Nutzungswert der eigengenutzten (sowie derjenige der unentgeltlich überlassenen) Wohnung zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gehört.

Kurzformel dafür, daß eine bestimmte Lösung nach der Wertauffassung des entscheidenden Senats richtig sei ¹.

Soweit der BGH ² den Bauherrn auf die Möglichkeit verweist, sich gegen Verzögerungen der Bauarbeiten durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe zu sichern, unterliegt das den schon oben ³ angeführten Bedenken. Stark bezweifelt werden muß insbesondere, daß auch dem privaten Bauherrn die - anders als im Bereich typischer Massengeschäfte - keineswegs von vornherein von der Hand zu weisende Möglichkeit zu einer solchen Vereinbarung real gegeben ist ⁴.

Zu erwägen sei ferner der Einwand, die Nutzung könne später nachgeholt werden, so daß der Vermögensschaden allenfalls in der zeitlichen Verschiebung liegen könne ⁵. - Dieser Einwand betrifft indes gerade typischerweise die gleichwohl als entschädigungspflichtig anerkannten Fälle der Kraftfahrzeugnutzungsentbehrung. Eine Nachholung der Nutzung kommt nämlich nur bei kurzlebigen Wirtschaftsgütern in Betracht, deren weitere Nutzungsmöglichkeit zumindest auch vom Um-

¹ Schiemann S. 154.

² AaO, S. 279; ebenso BGHZ 71, 234, 242 (vgl. dazu unten f, S. 175 f.) unter Hinweis auf Mugdan Prot. II, S. 515 - 517.

³ C VI 2, S. 89 f.

⁴ So aber BGHZ 71, 234, 242 (dazu unten f, S. 175 f.) und Staudinger-Medicus § 253 Rdnr. 41.

⁵ AaO, S. 280.

fang der bisherigen Nutzung abhängt ¹. Gerade Kraftfahrzeuge haben nur eine relativ kurze Lebensdauer und können nur eine bestimmte Kilometerleistung erbringen. Die während der Zeit der Unbenutzbarkeit ersparten Kilometer können - möglicherweise ² - nachträglich gefahren werden ¹. Dagegen kommt eine Nachholung der entgangenen Nutzung des langlebigen Wirtschaftsgutes "Haus" aus logischen Gründen nicht in Betracht ¹.

Nicht zu überzeugen vermag auch die Auffassung des BGH ³, die Tragfähigkeit des - allerdings umstrittenen - Gedankens vom Bedarf als dem zu ersetzenden Schaden ⁴ sei jedenfalls dann überschritten, wenn der Geschädigte - wie hier der Kläger durch Anmietung einer Ersatzwohnung - seinen Bedarf decke und dennoch anstelle der tatsächlich entstandenen Mehraufwendungen eine Entschädigung für die entgangenen Gebrauchsmöglichkeiten an der vorübergehend nicht nutzbaren Sache verlange. Das Anliegen dieser Lehre ist es ja gerade, eine mögliche Zurückhaltung des Geschädigten bei der Deckung des entstandenen Bedarfes - hier: Anmietung einer billigeren Ersatzwohnung - nicht dem Schädiger, sondern als "private Disposition zugunsten des eigenen Vermögens" dem Geschädigten zugute-

¹ Vgl. Hansen VersR 77, 510, 511, 1. Sp.

² Vgl. dazu unten E I, S. 195.

³ AaO, S. 281.

⁴ Vgl. Zeuner AcP 163, 380 ff., 396 ff. und GS Dietz, S. 99 ff., 115 f. sowie oben C I, S. 9 ff.

kommen zu lassen ¹. Wenn man also den gegenüber der Ersatzwohnung höheren Wohnwert des zu errichtenden Hauses nicht in Rechnung stellen will, so lehnt man damit den Bedarfsgedanken als solchen ab und hält nicht etwa - wie der BGH aaO glauben machen möchte - nur die Grenzen für den Schadensersatzanspruch ein, die sich auch bei Zugrundelegung dieses Gedankens ergäben.

Läßt sich somit die Versagung eines Ersatzanspruches in dogmatischer Hinsicht bei genauerem Hinsehen allein mit einer seiner Aufgabe nahekommenden Einschränkung des Kommerzialisierungsgedankens rechtfertigen, so überrascht es nicht, daß der BGH ² zusätzlich um eine Begründung vom Ergebnis her bemüht ist: Bei der Kraftfahrzeug-Unfallproblematik gehe es letztlich darum, finanziell schwächere und darum bei der Beschaffung eines Ersatzwagens vorsichtigerer Unfallopfer mit vermögenden gleichzustellen ³. Dieser Sachgesichtspunkt spiele jedoch bei dem Fall der verspäteten Erstellung und Übergabe eines Wohnhauses kaum eine Rolle. Hier nämlich habe der Gläubiger praktisch keine Wahl: Er müsse sein Wohnproblem während des Schuldnerverzuges anderweitig lösen, indem er entweder seine alte Wohnung beibehalte oder sich eine Ersatzwohnung beschaffe. Das für die Regulierung von Verkehrsunfällen typische Schutzproblem ent-

¹ Zeuner AcP 163, 380, 396.

² AaO, S. 281 f.

³ AaO, S. 281; ebenso LG Berlin VersR 80, 830 (dazu unten i, S. 182).

stehe daher nicht.

Damit fließen in der bisherigen Rechtsprechung - soweit ersichtlich - noch nicht ausgesprochene soziale Überlegungen in das Schadensrecht ein, obgleich irgendwelche erfahrungswissenschaftliche Grundlagen etwa über das Verhalten der verschiedenen sozialen Schichten bei Kraftfahrzeugunfällen nicht angegeben werden ¹. Erfahrungsgemäß spielt bei der Kostenverursachung zudem vielfach nicht der Unterschied zwischen armen und reichen Leuten eine Rolle, sondern der zwischen vorsichtigen und weniger vorsichtigen ². Auch ist es nicht die Aufgabe des Schadensrechts, dafür zu sorgen, daß nur sozialetisch gerechtfertigte Unterschiede zwischen Arm und Reich bestehen ³.

Wollte man hier wirklich sozialen Überlegungen Raum geben, so bedürfte die Differenzierung der Nutzungsentschädigung nach Wagenklassen sicherlich einer Überprüfung ⁴. Zudem sollte gerade der BGH, der ja bei Kraftfahrzeugen eine Nutzungsausfallentschädigung gewährt, mit der Verwendung des "Arm und Reich" - Arguments im Hinblick auf dessen Ambivalenz mehr als vorsichtig umgehen. Man kann den Ausgleich zwischen Arm und Reich nämlich auch umgekehrt "nach unten" vollziehen, indem man dem Reichen nicht ersetzt,

¹ Hansen VersR 77, 510, 511, 1. Sp.

² Vgl. oben C I 3, S. 22.

³ Vgl. oben C I 3, S. 22 f.

⁴ Hansen aaO.

was bei dem Armen keinen ersatzfähigen Schaden darstellte ¹.

Nicht einzusehen ist weiterhin, daß der Gläubiger im Fall der verspäteten Erstellung und Übergabe eines Wohnhauses gerade deshalb weniger schutzwürdig sein sollte als der unfallgeschädigte Eigentümer eines Kraftfahrzeugs, weil er gar keine andere Wahl habe als sein Wohnproblem zwischenzeitlich anders zu lösen. Allerdings kann auch der finanziell schwächere Gläubiger hier regelmäßig nicht gänzlich von der Beschaffung eines Ersatzes absehen. Bei der Wahl der Ersatzwohnung wird er aber im Hinblick auf die finanziellen Risiken zumindest ebenso vorsichtig vorgehen wie der Eigentümer eines unfallbeschädigten Kraftfahrzeuges, der vor der Frage steht, ob er die Miete eines Ersatzwagens vorzufinanzieren und - wenn später aus welchen Gründen auch immer Schadensersatz nicht zu erlangen ist - notfalls endgültig zu finanzieren in der Lage ist ². Nicht selten wird sich ein

¹ Medicus VersR 81, 593, 594, r. Sp. So glaubt etwa E. Schmidt (JuS 80, 636, 638, 1.Sp.), das "Problem der Synchronisation von Restitution und Kompensation" bei Versagung einer Nutzungsausfallentschädigung über § 254 Abs. 2 S. 1 BGB in den Griff bekommen zu können: Es erscheine zumutbar, diejenigen, die dank ihrer finanziellen Besserstellung bei zeitweiliger Nichtbenutzbarkeit ihres Fahrzeuges vorschnell auf einen Mietwagen zurückgriffen, die dafür anfallenden Kosten selbst tragen zu lassen.

² Überzeugend E. Schmidt JuS 80, 636, 637 f.: "... muß dem eventuell entstehenden Eindruck begegnet werden, als gehörten die Erbauer von Eigenheimen bzw. Eigentumswohnungen

der neuen Wohnung gleichwertiger Ersatz, auf dessen Stellung oder Bezahlung ein Anspruch gem. §§ 286 Abs. 1, 249 S. 1 BGB besteht, so schnell nicht finden lassen, so daß sich der Besteller deshalb mit seiner bisherigen oder einer anderen, der neuen nicht gleichwertigen Wohnung begnügt. Aber auch in den übrigen Fällen, in denen es weder am Geld noch an einer gleichwertigen Ersatzwohnung fehlt, wird doch vielfach schon der bloße Gedanke an die mit einem zusätzlichen Umzug über dessen Kosten hinaus verbundenen Umstände den Erwerber veranlassen, vorübergehend weiter in seiner - weniger komfortablen - Wohnung zu bleiben. In keinem der angeführten Fälle aber erscheint der Gläubiger als weniger schutzwürdig als der - wenn auch möglicherweise wenig finanzkräftige - Eigentümer eines unfallgeschädigten Kraftfahrzeugs, der vor der Frage steht, ob er die Anmietung eines Ersatzwagens mit den damit verbundenen finanziellen Risiken wagen kann.

Wenig überzeugend ist der Hinweis auf die mangelnde Wahlmöglichkeit des Anspruchstellers auch deshalb, weil im Kraftfahrzeugbereich

generell einer finanziell betuchteren Schicht an. Wer einigermaßen in diesem Bereich Bescheid weiß, dem ist geläufig, daß hier von seiten des Bauherrn oft mit dem letzten Pfennig gerechnet wird, der dann fehlt, wenn es um unliebsame Überbrückungsnotwendigkeiten geht. Infolgedessen werden nicht selten Notbehelfe in Kauf genommen, die gewiß nicht leichter wiegen als die Unbequemlichkeiten dessen, der wegen zeitweiliger Vorenthaltung seines PKW mit Fußmärschen oder öffentlichen Verkehrsmitteln vorlieb nimmt."

auch und im Hinblick auf die besonders starke Fühlbarkeit des Ausfalls gerade demjenigen eine Nutzungsausfallentschädigung zugesprochen wird, der auf sein Fahrzeug angewiesen ist ¹.

Die Versagung einer Entschädigung in Höhe der Differenz zwischen dem Nutzungswert der zu übertragenden Wohnung und dem der tatsächlich bewohnten rechtfertigt der BGH ² auch damit, daß es auch die Rechtsprechung zur Nutzungsentschädigung für Kraftfahrzeuge ablehne, einem Fahrzeughalter, der sich mit einem kleineren Ersatzwagen begnüge, den Differenzbetrag zuzuerkennen, den er bei Anmietung eines dem beschädigten gleichwertigen Fahrzeugs hätte verlangen können ³. Übergangen wird damit aber, daß der Erwerber eines Eigenheimes bei Verzug des Veräußerers im Unterschied zum unfallgeschädigten Kraftfahrzeugeigentümer regelmäßig gar nicht umhin kommt, eine Ersatzbeschaffung vorzunehmen und daß er dabei - wie oben ⁴ dargelegt - meist sehr eingeengt ist. Es kann deshalb in solchen Fällen wohl auch kaum davon gesprochen werden, die Ersatzbeschaffung stelle eine Entscheidung des Geschädigten für eine konkrete Schadensberechnung dar, so daß nicht nachträglich auch noch abstrakt berechneter Schadensersatz verlangt werden könne. Zudem wurde vom

¹ Hansen VersR 77, 510, 511, 1. Sp.

² AaO, S. 281 f.

³ Vgl. BGH NJW 67, 552, 553 und dazu oben
¹ g, S. 132.

⁴ S. 166.f.

BGH selbst ¹ eine Nutzungsausfallentschädigung - im Hinblick auf die besondere "Fühlbarkeit" - in einem Fall zuerkannt, in dem anstelle eines Mercedes 600 vorübergehend ein Opel Rekord benutzt wurde. Ob es aber tatsächlich eine fühlbarere Beeinträchtigung darstellt, wenn man anstelle in einem Luxusgefährt nur in einem Wagen der Mittelklasse fahren kann, als wenn man in einer kleinen Wohnung statt im großen eigenen Haus wohnen kann, erscheint mehr als zweifelhaft ².

Ein Vergleich mit der Rechtsprechung, die die Vorenthaltung oder Beeinträchtigung der Gebrauchsmöglichkeiten an Grundstücken gelegentlich als Vermögensschaden bewertete ³, scheidet - abgesehen davon, daß dort eine Ersatzbeschaffung nicht erfolgt war - schon deshalb aus, weil dort die Betroffenen Grundstückseigentümer oder zumindest nutzungsberechtigte Besitzer und somit in einem Ausschließlichkeitsrecht beeinträchtigt waren, das nur ihnen die Nutzungen des Grundstücks zuwies ⁴. -

Diese Feststellungen lassen den Schluß zu, daß das Gericht womöglich anders entschieden hätte, wenn Gegenstand des Vertrages nicht die Neuerrichtung, sondern die Reparatur eines Hauses gewesen wäre. Versagt man aber dem Erwerber eines erst zu errichtenden

¹ BGH NJW 70, 1120; vgl. oben 1 i, S. 134 f.

² Hansen VersR 77, 510, 511, r. Sp.

³ BGH NJW 63, 2020 (dazu oben 1 f, S. 127 ff.);
KG NJW 67, 1233 (dazu oben 2 b, S. 148);
BGH NJW 67, 1803 (dazu oben 2 c, S. 149 f.).

⁴ BGHZ 66, 277, 282.

Hauses eine Nutzungsausfallentschädigung gerade wegen der noch fehlenden absoluten Rechtsposition, so liegt dem ganz offensichtlich die Vorstellung zugrunde, daß relative Rechte in schadensrechtlicher Hinsicht weniger Schutz verdienen als absolute. Dem ist zu widersprechen. Allerdings ist bei relativen Rechten nur der Schuldner zur Leistung verpflichtet, so daß diese Verpflichtung daher auch nur vom Schuldner, nicht von einem Dritten verletzt werden kann ¹. Im Verhältnis Gläubiger-Schuldner ist jedoch - wie etwa die gegenüber § 831 BGB keineswegs mildere Zurechnungsnorm des § 278 BGB sowie die Beweislastumkehr in den §§ 282, 285 BGB zeigen - die Haftung für Rechtsverletzung nicht weniger streng ausgestaltet als dort, wo es um die Sanktion absoluter Rechte (insbesondere § 823 Abs. 1 BGB) geht. Verfehlt ist es deshalb, aus der bloßen Relativität dieser Rechte ihre geringere schadensrechtliche Schutzwürdigkeit ableiten zu wollen. Die Problemlösung kann nicht bereits in der Erkenntnis liegen, daß ein wesentlicher Unterschied zwischen dem deliktsrechtlichen Schutz des Erhaltungsinteresses und dem schuldvertraglichen Schutz des Erfüllungsinteresses besteht, sondern erst in der Feststellung, worin in concreto der Unterschied besteht ². Nicht einzusehen ist aber, warum die Grenze zwischen Ver-

¹ Larenz AT § 13 III, S. 200; eine Schadensersatzpflicht eines nicht am Schuldverhältnis beteiligten Dritten kann sich allenfalls aus § 826 BGB ergeben, vgl. dazu z.B. Miko-Mertens § 826 Rdnr. 123 ff.

² Ströfer S. 150.

mögens- und Nichtvermögensbereich, um die es hier letztlich geht¹, bei absoluten Rechten anders verlaufen sollte als bei relativen. Auch ist ein Grund, weshalb im Falle der schuldhaft verzögerten Reparatur oder Renovierung eines Hauses eine Geldentschädigung zu gewähren, im Fall der verspäteten Neuerrichtung hingegen zu versagen sein sollte, nicht ersichtlich.

f) BGHZ 71, 234

Im Fall BGHZ 71, 234 waren die Kläger als Besteller einer noch zu errichtenden Eigentumswohnung ebenfalls aus einem vom Vertragspartner zu vertretenden Umstand erst einige Zeit später als vereinbart in den Besitz der mangelfreien Wohnung gelangt. Sie stützten ihren Schadensersatzanspruch hilfsweise zusätzlich auf den zwischenzeitlichen Zinsausfall für das eingezahlte Kapital, und ganz hilfsweise begründeten sie die Klage mit einem Anspruch auf Ersatz der nutzlosen Aufwendungen für Betriebs- und Wohngeldkosten. Unter Bestätigung des Urteils vom 14.5.1976² wies der BGH die Klage auch unter diesen rechtlichen Gesichtspunkten ab.

Einen Anspruch auf Ersatz ausgefallener Zins-einnahmen versagte das Gericht im Anschluß an die Vorinstanz, die darauf hingewiesen hatte, daß die Kläger auch bei vertragsgemäßem Verhalten der Gegenseite keine Zins-

¹ So auch der BGH aaO, S. 279 (vgl. oben S. 160 bei Fn. 3).

² BGHZ 66, 277 (vgl. oben e, S. 159 ff.).

einnahmen gehabt hätten, einmal deshalb, weil nicht ersichtlich sei, daß sich durch den Schuldnerverzug etwa der Tilgungszeitraum verschoben oder die Summe des insgesamt erforderlichen Kapitals erhöht hätte ¹. - Ins Spiel gebracht wird damit also der Gedanke des alternativen Schadensverlaufs und dabei speziell der des rechtmäßigen Alternativverhaltens ². Indes geht es dort um die Frage, ob Schäden, die auch ohne das konkret schädigende Ereignis eingetreten wären, zu ersetzen sind. Vorliegendenfalls hingegen wäre den Klägern bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Werkvertrags ein Schaden überhaupt nicht entstanden ³.

Auch sei eine Verzögerung des Eigentumsüberganges nicht dargetan, so daß es schon an der Darlegung fehle, die Zinsaufwendungen hätten ihren Zweck wenigstens in den wesentlichen Punkten verfehlt ⁴. - Bei dieser kaufrechtlichen Betrachtungsweise ⁵ wird übersehen, daß die Erfüllungspflicht der beklagten Werkunternehmerin dahin ging, den Bestellern den Besitz und das Eigentum an einer mangelfreien Wohnung zu verschaffen (§ 633 Abs. 1 BGB) und daß diese Hauptpflicht nicht schon durch die Verschaffung des Eigentums und Besitzes an der mit Mängeln be-

¹ AaO, S. 236.

² Vgl. E. Schmidt JuS 80, 636, 638, 1. Sp.

³ Vgl. E. Schmidt aaO, S. 638.

⁴ BGH aaO.

⁵ E. Schmidt aaO, 1. Sp.

hafteten Wohnung erfüllt wurde.

Im Ergebnis wird man dem BGH freilich zuzustimmen haben. Wären die Besteller angesichts des Verzuges der Gegenpartei am Vertrag nicht mehr interessiert gewesen und hätten sie deshalb das im voraus bezahlte Geld ¹ und die damit verbundene Möglichkeit, es verzinslich anzulegen, zurückерhalten wollen, wäre es ihnen unbenommen gewesen, von ihrem Rücktrittsrecht gemäß § 326 BGB Gebrauch zu machen. Solange aber ein solcher Rücktritt nicht erfolgt ist, besteht kein Anspruch auf Rückzahlung des Kapitals, so daß schon aus diesem Grund eine Verzinsung ausscheidet. Wenn die Besteller trotz des Verzuges am Vertrag festhalten wollen, können sie nicht neben der ihnen versprochenen Gegenleistung einschließlich der mit dieser verbundenen Vor- und Nachteile auch noch via abstrakte Zinsausfallentschädigung zusätzlich die Vorteile für sich beanspruchen, die ihnen das - im übrigen freiwillig - im voraus bezahlte Kapital ansonsten durch anderweitige Verwendbarkeit geboten hätte. Indem sie nur Schadensersatz gemäß § 286 Abs. 1 BGB verlangen, halten sie ja am Vertrag als solchem fest. Dann aber müssen sie auch den Vertrag, so wie er geschlossen wurde, hinnehmen. Der Schadensersatzanspruch gemäß § 286 Abs. 1 BGB darf daher nicht dazu verwendet werden, eine dem Gläubiger ungünstige vertragliche Abrede - hier: Vorleistungspflicht - im nachhinein zu korrigieren.

¹ Einschließlich gesetzlicher Zinsen, §§ 327 S. 1, 347 S. 3, 246 BGB.

Als Ausgangspunkt für die Versagung des ganz hilfsweise geltend gemachten Anspruches auf Ersatz der während der Zeit des Verzuges nutzlos aufgewendeten Betriebs- und Wohngeldkosten diente im Anschluß an das Berufungsgericht ¹ die Erwägung, daß diese Kosten auch bei termin-gerechter und mangelfreier Lieferung der Wohnung angefallen wären ². In der höchstrichterlichen Rechtsprechung sei der im Schrifttum teilweise vertretene "Frustrierungsgedanke" weder im außervertraglichen Bereich noch im Rahmen der Schadensberechnung bei Vertragsverletzungen anerkannt worden ³. Zwar bestünden gegen die Erstreckung der bei Nichterfüllungsschäden von der Rechtsprechung anerkannten Rentabilitätsvermutung ⁴ auf die Fälle, in denen Verzugs-schäden in Frage stünden, keine grundsätzlichen Bedenken ⁵. Jedoch ergebe sich daraus nicht die Ersatzfähigkeit der im vorliegenden Fall vergeblich gemachten Aufwendungen, da diese ersichtlich nicht dem Zweck der Mehrung des Vermögens der Kläger gedient hätten. Auch handle es sich nicht um die Beeinträchtigung eines einzelnen Vermögensgutes, sondern um einen "allgemeinen Vermögensschaden" ⁶ und mit-

¹ Vgl. BGH aaO, S. 236 f.

² AaO, S. 241.

³ AaO, S. 237.

⁴ Vgl. dazu oben C IV 4, S. 54 f.

⁵ AaO, S. 239.

⁶ A.A. Stoll JZ 78, 797, r. Sp.: Mit dem objektiven Gegenwert für die während des Verzugs entbehrte Gebrauchsmöglichkeit werde ein Teil derjenigen Leistung verlangt, die die Kläger bei ordnungsgemäßer Erfüllung des

hin um einen Problembereich, für den zwingende Gründe für ein Abgehen von der Differenzhypothese nicht ersichtlich seien ¹.

Bei Zuerkennung eines Anspruches auf Ersatz der vergeblich aufgewendeten Gemeinschaftskosten stünden die Kläger im Ergebnis bei beabsichtigter Eigennutzung womöglich zu Unrecht besser als bei beabsichtigter Vermietung ². Letzterenfalls nämlich könnte die Beklagte einwenden, die Kapitalanlage hätte sich als ein Verlustgeschäft erwiesen und die Gemeinschaftskosten in Verbindung mit den Aufwendungen für den Erwerb wären nicht durch die Mieteinnahmen gedeckt worden. Bei beabsichtigter Eigennutzung hingegen ließe sich - ebenso wie bei allen anderen vergeblichen Aufwendungen, die einem im weitesten Sinne immateriellen Zweck dienten - ein vergleichbarer Einwand nicht rechtfertigen, ohne daß zugleich die gedankliche Grundlage für den Ersatz der vergeblichen Aufwendungen überhaupt in Frage gestellt würde ³. Versäume der Gläubiger, sich gegen die aus der Zweckverfehlung nicht auf Gewinnerzielung gerichteter Aufwendungen erwachsenden Nachteile durch die Vereinbarung einer Vertragsstra-

Vertrages erhalten hätten. Ein weitergehender subjektiver Schaden oder Folgeschaden werde gar nicht geltend gemacht, weil nicht einmal vorgetragen werde, die Wohnung hätte selbst genutzt werden sollen und können.

¹ AaO, S. 240 f.

² AaO, S. 241.

³ AaO, S. 242.

fe¹ zu sichern oder vermöge er eine solche Vereinbarung im Verhandlungswege nicht durchzusetzen, so sei kein dringliches Bedürfnis ersichtlich, ihm von Rechts wegen die damit verbundenen Nachteile zu ersparen.

Auch im Wege ergänzender Vertragsauslegung könne nicht eine Pflicht zum Ersatz vergeblichen Aufwandes als vereinbart angesehen werden². Regelmäßig fehle es schon an einer auszufüllenden Vertragslücke. Überdies könne unter Berücksichtigung von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte gerade nicht angenommen werden, daß sich der Schuldner - insbesondere angesichts der bisherigen, eine derartige Ersatzpflicht verneinenden höchstrichterlichen Rechtsprechung - bei Beachtung der Frage durch die Parteien auf die Übernahme einer Pflicht zum Ersatz nutzloser Aufwendungen eingelassen hätte³.

g) LG München I VersR 79, 384

Das LG München I⁴ versagte der Eigentümerin eines von der Beklagten verletzten Reitpferdes die für den schädigungsbedingten, mehrmonatigen Nutzungsausfall geforderte Geldentschädigung.

¹ Vgl. dazu auch oben C VI 2, S. 89 f.

² AaO gegen Stoll FS Duden, S. 641, 651, 653, 658.

³ AaO, S. 242 f.

⁴ VersR 79, 384; zur Begründung vgl. auch oben e, S. 160 Fn. 1; anders weiland das OLG Dresden Sächs. Ann. 24, 527 (vgl. oben I 1, S. 111 ff.).

Ob die Nutzungsmöglichkeit eines Vermögensgegenstandes einen Vermögenswert besitze, beurteile sich unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung nach der allgemeinen Schutzwürdigkeit der beteiligten Interessen ¹.

Das Interesse des Geschädigten am Ausgleich einer Gütereinbuße finde dort eine Grenze, wo dem Schädiger mehr als die Haftung für objektivierbare, nach einem überprüfbaren Maßstab in Geld ausdrückbare und damit nach den finanziellen Folgen überschaubare Güterbeeinträchtigung auferlegt werde.

An einer solchen Objektivierbarkeit und Meßbarkeit fehle es im zu entscheidenden Fall. Keinen Bewertungsmaßstab bilde insbesondere der Mietpreis für ein entsprechendes Reitpferd, weil dieser in keiner betragsmäßig faßbaren Relation zu dem individuellen Genußwert des Reitens für den jeweiligen Reiter stehe ². Einer Übertragung der von der Rechtsprechung bei Nutzungsentgang wegen Kraftfahrzeugschäden entwickelten Grundsätze auf den vorliegenden Fall stehe entgegen, daß die Nutzung eines Kraftfahrzeuges üblicherweise zumindest auch entweder einen effektiveren oder einen rationelleren Einsatz der Arbeitskraft bewirke und deshalb einen wirtschaftlichen Wert darstelle ³.

Nicht zu ersetzen seien auch die Kosten der

¹ AaO, S. 385, 1. Sp.

² AaO, r. Sp.

³ Ebenso LG Berlin VersR 80, 830 (dazu unten i, S. 182).

Pferdehaltung während der Zeit, während der sie ihren Zweck, der Klägerin das Reiten zu ermöglichen, verfehlt hätten. Die diesbezüglichen Aufwendungen hätten nämlich ersichtlich nicht der Vermögensmehrung gedient; daß ihnen auch ohne das schädigende Ereignis kein Vermögenszuwachs gefolgt wäre, weise wiederum auf das Fehlen eines Vermögensnachteils hin.

Das Bedenkliche an dieser Entscheidung ist, daß sich nach ihr der Grenzverlauf zwischen Vermögens- und Nichtvermögenssphäre nicht nach der Beschaffenheit der betroffenen Güter, sondern nach der allgemeinen Schutzwürdigkeit der Interessen der je beteiligten Personen bestimmen soll. Die Vorstellung, daß ein Rechtsgut beim Vorliegen einer bestimmten Interessenlage als Vermögensgut, beim Vorliegen einer anderen Interessenlage als Nichtvermögensgut anzusehen sein sollte, dürfte unserem Recht fremd sein. Daß es auch zumindest gefährlich ist, aus Schwierigkeiten bei der Objektivierbarkeit und geldmäßigen Meßbarkeit des Schadens den Nichtvermögenscharakter des betroffenen Gutes ableiten zu wollen, wurde schon oben ¹ dargelegt. Zudem stehen die Tagessätze, die für den Nutzungsausfall eines Kraftfahrzeugs verlangt werden können, genau-sowenig in einer betragsmäßig faßbaren Relation zu dem individuellen Gebrauchswert des Wagens für den jeweiligen Fahrer, wie der Mietpreis eines Reitpferdes zu dem individuellen Genußwert des Reitens für den jeweiligen Reiter.

¹ 2 e, S. 151 Fn. 2.

h) BGHZ 75, 366

Im Fall BGHZ 75, 366 war die Standfestigkeit eines Wohnhauses durch unerlaubte Sprengungen derart verringert worden, daß die zuständige Bauaufsichtsbehörde zunächst die Benutzung eines Teiles des Gebäudes untersagt und dann dessen sofortige vollständige Räumung angeordnet hatte. Die Eigentümerin war dennoch weiterhin in dem Hause wohnen geblieben, in dem sie im Erdgeschoß noch Küche, Bad, WC, Treppenhaus, Lager und Eingangsraum benutzt hatte und im übrigen in die Kellerräume gezogen war.

Die in den Urteilen vom 14.5.1976 ¹ und vom 21.4.1978 ² noch offengebliebene Frage, ob die sich als unerlaubte Handlung, nicht "nur" als Vertragsverletzung darstellende Verhinderung der Eigennutzung eines dem Beeinträchtigten bereits gehörenden Hauses einen Vermögensschaden darstellt, beantwortete der BGH nunmehr - wohl in Abweichung von seinem Standpunkt in den Urteilen vom 11.7.1963 ³ und vom 14.6.1967 ⁴ - dahin, daß es an einem solchen Schaden jedenfalls bei einer nicht bis zum völligen Verlust der Nutzungsmöglichkeit gesteigerten Gebrauchsbeeinträchtigung eines Hausgrund-

¹ BGHZ 66, 277 (vgl. dazu oben e, S. 159 ff.).

² BGHZ 71, 234 (vgl. dazu oben f, S. 171 ff.).

³ BGH NJW 63, 2020 (vgl. dazu oben 1 f, S. 127 ff.).

⁴ BGH NJW 67, 1803 (vgl. dazu oben 2 c, S. 149 f.).

stückes fehle ¹. Ein dem Sinn und Zweck der in Betracht kommenden Rechtsnormen zu entnehmender, gewichtiger oder sonst zwingender sachlicher Grund für ein Abweichen von der Differenzhypothese ² sei nicht ersichtlich ³. Der Satz, daß bei Eingriffen in Ausschließlichkeitsrechte eine Schadensberechnung auf hypothetischer Grundlage möglich sei, auch wenn sich beim Verletzten eine konkrete Vermögensminderung nicht feststellen lasse, könne in dieser Allgemeinheit keine Geltung beanspruchen. Die Zulassung einer solchen Schadensberechnung auf dem Sondergebiet der Verletzung gewerblicher Schutzrechte rechtfertige sich durch die erhöhte Verletzbarkeit der einschlägigen unkörperlichen Güter sowie die in diesem Bereich bestehende besondere Schwierigkeit, einen entgangenen Gewinn - selbst unter Zuhilfenahme der Beweiserleichterungen nach §§ 252 BGB, 287 ZPO - darzulegen und zu beweisen ⁴. Gehe es in jenem Sonderbereich wohl letztlich um die Abschöpfung und Umverteilung von unrechtmäßigen Gewinnen, so böten die dortigen gedanklichen Grundlagen jedenfalls dann keine Stütze mehr, wenn es nicht um die Herausgabe eines üblicherweise zur rechtmäßigen Gewinnerzielung zu entrichtenden Entgelts gehe ⁵. So wäre hier

¹ BGHZ 75, 366, 371.

² Vgl. dazu oben 1 f, S. 130.

³ AaO, S. 372.

⁴ AaO, S. 372 f.

⁵ AaO, S. 373 unter Ablehnung der Auffassung von Schulte (dazu oben C VI 2, S. 83 ff.).

die Erwägung abwegig, daß etwa die vorherige Anmietung sprengungsgefährdeter Häuser der übliche Weg sei, um den vorübergehenden Entzug oder die Beeinträchtigung der Gebrauchsmöglichkeit eines Hauses rechtmäßig zu machen, und daß die Beklagten daher eine fiktive Miete entrichten müßten, damit sie nicht besser dastünden, als wenn sie jenen "üblichen" Weg beschritten hätten.

Die Gewährung von Schadensersatz in Geld bei Beeinträchtigung "kommerzialisierter" Genüsse wie der Gebrauchsmöglichkeit eines Kraftwagens erfordere das Vorliegen zusätzlicher schwerwiegender Sachgründe, wie sie vorliegendenfalls nicht ersichtlich seien ¹. Zudem stehe selbst nach der Rechtsprechung zum Nutzungsausfall eines Kraftwagens dem Eigentümer dann unstreitig keine abstrakte Nutzungsentschädigung zu, wenn er den Wagen - wenn auch unter Erschwernissen - unrepariert weiterbenutze ². Auch auf dem Kraftfahrzeugsektor sei die Rechtsprechung bisher noch nicht so weit gegangen, die zur überpflichtmäßigen Schadensverhinderung für den entgangenen Gewinn entwickelten Wertungen ³ mit den zur abstrakten Nutzungsentschädigung entwickelten Grundsätzen zu kombinieren und so durch doppelte Korrektur des durch die Differenzhypothese indizierten Ergebnisses eine Entschädigung für lediglich

¹ AaO, S. 373 f.

² AaO, S. 374. Gleiches gilt für den Fall, daß das Unfallfahrzeug unrepariert in Zahlung gegeben wurde, BGHZ 66, 239 (vgl. oben ¹ n, S. 141 f.).

³ BGHZ 55, 329.

fiktiven Nutzungsausfall zu gewähren.

i) LG Berlin VersR 80, 830

Das LG Berlin ¹ versagte dem Besitzer eines Farbfernsehgerätes die geforderte Nutzungsausfallentschädigung unter Hinweis auf die Unselbständigkeit des in Frage stehenden Vermögenswertes. Nicht jeder Genuß werde mit seiner Erkaufbarkeit zu einem Vermögensgut; sonst wäre die Abgrenzung zu den nicht ersetzbaren immateriellen Schäden gemäß § 253 BGB aufgegeben. Die Erwägungen, die die Rechtsprechung dazu bewogen hätten, bei Kraftfahrzeugen eine Nutzungsausfallentschädigung zu gewähren, träfen für den Nutzungsausfall eines Fernsehgerätes nicht zu ².

j) BGHZ 76, 179

Im Fall BGHZ 76, 179 konnte die zum gemeinschaftlichen Eigentum einer aus 48 Einheiten bestehenden Wohnanlage gehörende Schwimmhalle wegen eines vom beklagten Bau-träger-Unternehmen zu vertretenden Fehlers mehr als acht Monate lang nicht benutzt werden. Die Kläger verlangten als Eigentümer einer der Wohnungen Schadenersatz in Höhe des Betrages, den sie hätten aufwenden müssen, wenn sie mit ihren beiden Kindern während dieser Zeit täglich zu einem öffent-

¹ VersR 80, 830.

² Vgl. zur Begründung weiter oben e, S. 160 Fn. 1 und S. 164 Fn. 3 sowie g, S. 177 Fn. 3.

lichen Schwimmbad gefahren wären.

Das Gericht verneinte das Vorliegen eines Vermögensschadens ¹. Ob ein solcher anzuerkennen sei, beurteile sich nicht allein nach der Differenzhypothese, sondern erfordere zusätzlich eine wertende, an wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientierte Betrachtung ². Pflege ein Lebensgut durch entsprechende Vermögensaufwendungen "erkauft" zu werden, so sei davon auszugehen, daß seine gänzliche oder teilweise Einbuße einen Vermögensschaden darstelle ³. Da aber auch immaterielle Güter für Geld erworben werden könnten, sei letztlich ausschlaggebend, ob die herrschende Verkehrsanschauung dem "erkauften" Gut einen selbständigen Vermögenswert beimesse ⁴.

Ob dem V. Zivilsenat ⁵ allgemein darin zu folgen sei, daß bei vorübergehender Beeinträchtigung der Gebrauchsmöglichkeit eines Hauses oder einer Wohnung ein Vermögensschaden nicht entstanden sei, könne dahinstehen ⁶. Das Vorlie-

¹ Ebenso die Vorinstanzen. Zu der vom OLG Karlsruhe als Berufungsgericht gegebenen Begründung vgl. oben d, S. 158 Fn. 1 sowie e, S. 161 Fn. 2.

² AaO, S. 184.

³ AaO, S. 184 f.

⁴ AaO, S. 185.

⁵ Vgl. BGHZ 66, 277, LS (zu dieser Entscheidung vgl. oben e, S. 159 ff.); bestätigt durch BGHZ 71, 234, LS (zu dieser Entscheidung vgl. oben f, S. 171 ff.).

⁶ AaO, S. 186.

gen eines solchen sei jedenfalls zu verneinen bei vorübergehender Unbenutzbarkeit eines zu einer Wohnanlage gehörenden Schwimmbades. Dessen jederzeitige Benutzbarkeit bilde keinen weitgehend unentbehrlich erscheinenden Bestandteil allgemeiner und alltäglicher Bedürfnisse, wie das bei Kraftfahrzeugen der Fall sei. Die Zahl derer, die ein Schwimmbad als wesentliche Ausstattung ihres Heimes betrachteten, sei wesentlich kleiner als der Teil der Bevölkerung, der sich auf die Haltung eines Kraftfahrzeuges angewiesen sehe ¹. Allgemein im Mittelpunkt der Wertschätzung stehe die Benutzbarkeit der Wohnung oder des Hauses, nicht die der jeweils besonderen Einrichtung ². Eine Verkehrsauffassung, derzufolge die Benutzbarkeit eines Schwimmbades einen von dessen Substanzwert abspaltbaren Gebrauchswert darstellte, habe sich zumindest bisher nicht entwickelt. Ein Schwimmbad gelte heute noch weithin als eine das Lebensgefühl möglicherweise erhöhende "Liebhaberei", deren Kosten nur immaterielle, nicht in Geld ersetzbare Werte vermittelten. Dafür spreche auch das Fehlen anerkannter Maßstäbe zur geldmäßigen Bemessung einer zeitweiligen Gebrauchs-entbehrung oder -überlassung bei eigengenutzten Schwimmbädern. Auf den üblichen Mietzins könne nicht abgestellt werden, weil Schwimmbäder nicht vermietet zu werden pflegten. Keinen nach der Verkehrsauffassung anerkannten Maßstab für die Bemessung des hier eingetretenen Nachteils stellten auch die Kosten dar, die den Betroffenen bei Besuch

¹ AaO, S. 186 f.

² AaO, S. 187.

eines öffentlichen Schwimmbades entstanden wären.

Völlig unberücksichtigt läßt der BGH freilich, daß auch ein Schwimmbad sich nach und nach abnutzt, der Erwerber eines solchen sich demnach ein von vornherein begrenztes, in seinem Wert durch die Anschaffungskosten bestimmtes Nutzungspotential verschafft¹. Somit repräsentiert auch ein lediglich zur privaten Nutzung bestimmtes Schwimmbad einen ganz bestimmten, in Geldeinheiten bezifferbaren Gebrauchswert². Unter Zugrundelegung der durchschnittlichen Lebensdauer läßt sich auch der anteilige Gebrauchswert für einen Zeitraum ohne größere Schwierigkeiten ermitteln, ohne daß es des Rückgriffs auf irgendeinen Mietwert bedürfte³. Inwieweit die Nutzung nur aufgeschoben und damit das Vermögen des Eigentümers unberührt bleibt oder aber der Gebrauchswert unwiederbringlich verloren gegangen ist, kann im Einzelfall von einem Sachverständigen festgestellt werden³.

Auch bei einer bloßen Nutzungsbeeinträchtigung⁴ - im Gegensatz zum totalen Nutzungsentzug - kann nicht unter Hinweis auf die mangelnde pekuniäre Quantifizierbarkeit

¹ Hommelhoff JR 81, 17, r. Sp.

² Hommelhoff aaO, S. 17 f.

³ Hommelhoff aaO, S. 18, l. Sp.

⁴ Etwa wenn sich das Wasser im Schwimmbad nicht auf die vereinbarten 27° aufheizen läßt, sondern nur auf 20° (Beispiel von Hommelhoff aaO).

von einer immateriellen Beeinträchtigung gesprochen werden ¹. Da der Besteller bei ergebnislosem Nachbesserungsversuch mindern kann (§ 634 Abs. 1 S. 1 BGB), das geltende Recht also durchaus dazu zwingt, die Gesamt-beeinträchtigung in Geld zu bemessen, stellt sich die pekuniäre Bezifferung einer zeitlich beschränkten Beeinträchtigung als eine bloße Rechenaufgabe dar ¹.

Indem der BGH ² den geltend gemachten Anspruch auch und gerade deshalb verneint, weil ein solches Schwimmbad nach der gegenwärtigen Verkehrsauffassung noch weithin als "Liebhaberei" gelte, differenziert er - durch die Zauberformel "Verkehrsauffassung" nur wenig getarnt - bei der Kompensation danach, ob durch das schädigende Ereignis entweder ein allgemeines und alltägliches Bedürfnis oder aber ein Luxusbedürfnis nicht befriedigt werden konnte. Indes dürfte eine solche Differenzierung in einem unversöhnlichen Gegensatz zu dem vom Gesetz favorisierten Grundsatz der Totalreparation ³ stehen, so daß sich für sie unter Zugrundelegung der geltenden Rechtsordnung eine tragfähige Begründung wohl kaum finden lassen wird. Nach § 254 BGB als der einzigen Ausnahme von diesem Grund-

¹ Hommelhoff aaO.

² Z 76, 179, 187.

³ D.h. dem Grundsatz, daß beim Vorliegen eines Haftungsgrundes stets der gesamte Schaden des Ersatzberechtigten zu ersetzen ist (Larenz SchR I, § 31 I e, S. 504).

satz ¹ liegt ein den Schadensersatzanspruch minderndes Mitverschulden dann vor, wenn der Geschädigte es unterlassen hat, den Schädiger auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen. Dieser Regelung ist e contrario zugleich zu entnehmen, daß das bloße Schaffen einer solchen Gefahr - etwa durch die Vornahme von Luxusaufwendungen - noch kein solches, zum Abweichen vom Grundsatz der Totalreparation berechtigendes Mitverschulden darstellt. Daß zudem eine solche Differenzierung zwischen "normalen" Aufwendungen und "Luxusaufwendungen" problematisch ist, wurde schon oben ² gezeigt.

k) OLG Düsseldorf MDR 81, 495

Das OLG Düsseldorf ³ verneinte das Vorliegen eines zu kompensierenden Vermögensschadens in einem Fall, in dem die Benutzung einer Eigentumswohnung durch vertragswidrig verzögerte Handwerkerarbeiten während eines Zeitraumes von zwölf Tagen beeinträchtigt war. Dahin stehen könne dabei, ob der Rechtsprechung des V. Zivilsenates des BGH, wonach die vorübergehende Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit eines Hauses oder einer Wohnung keinen Vermögensschaden darstelle ⁴, zu fol-

¹ Larenz aaO.

² Vgl. oben C IV 5, S. 58 f., wo allerdings eine solche Differenzierung unter genau entgegengesetzten Vorzeichen - Privilegierung des Luxusaufwandes - in Frage stand.

³ MDR 81, 495.

⁴ BGHZ 66, 277 (dazu oben e, S. 159 ff.); BGHZ 71, 234 (dazu oben f, S. 171 ff.).

gen sei. Da nämlich die Nutzung einer Wohnung auf Dauer angelegt sei, bestehe jedenfalls bei nur kurzzeitigen Nutzungsbeeinträchtigungen kein Anspruch auf eine Geldentschädigung¹. Das durch einen solch kurzfristigen, wenn auch "ausgesprochen ungemütlichen" Zustand ausgelöste Unlustgefühl sei von geringerem Gewicht und somit allenfalls ein nicht ersatzfähiger immaterieller Schaden. - Überzeugend ist diese Begründung nicht, weil sie darauf hinausläuft, daß der Ersatzberechtigte kleinere Schäden selbst zu tragen hat; diese Vorstellung ist aber unserem Recht fremd². Auch kann die Frage, ob die Beeinträchtigung einer Nutzungsmöglichkeit einen Vermögens- oder einen Nichtvermögensschaden darstellt, nicht gut von deren Dauer als einem quantitativen Kriterium abhängen.

4.) Zusammenfassende Stellungnahme

Über all der Kritik, die vorstehend an der Rechtsprechung - insbesondere auch des BGH - geübt wurde, sollte nicht vergessen werden, daß die dargestellte Praxis durchaus auch positive Aspekte aufweist.

So kann zum einen die vielbeschworene Gefahr eines mit Schadensersatzlasten unübersehbaren Umfangs verbundenen Dammbruches als gebannt angesehen werden. Dazu trägt die nunmehr klar erkennbare Tendenz, eine Entschädigung für den Nutzungsausfall von anderen Sachen als Kraftfahrzeugen stets

¹ AaO, S. 496.

² Lange § 6 VII 4 b, S. 187.

zu versagen ¹, genauso bei wie das Bemühen, einer Ausuferung des Umfangs dieser Entschädigung bei Kraftfahrzeugen insbesondere über das Erfordernis der Fühlbarkeit ² sowie die summenmäßige Beschränkung des Anspruches auf einen die Vorhaltekosten maßvoll übersteigenden Betrag ³ entgegenzuwirken.

Zum anderen ist hervorzuheben, daß es der Rechtsprechung gelungen ist, die Rechtssicherheit im angesprochenen Bereich zumindest weitgehend zu erhalten oder jedenfalls wiederherzustellen. Die Rechtsprechung zum Kraftfahrzeugnutzungsausfall ist infolge der mehr als 20-jährigen Praxis so ausgefeilt und dabei gefestigt, daß größere Überraschungen oder gar Kehrtwendungen zumindest derzeit nicht zu erwarten sind. Verfestigt hat sich auch die im Übrigen - d.h. bei anderen Sachen als Kraftfahrzeugen - einen Schadensersatzanspruch versagende Rechtsprechung. Obwohl die mit diesem Problem befaßten Senate des BGH ⁴ es soweit als irgend möglich vermieden haben, über die jeweils konkret zu entscheidende Frage hinauszugehen.

¹ Vgl. oben 3., S. 152 ff.

² Vgl. BGH NJW 67, 552 (oben 1 g, S. 132); BGH NJW 68, 1778, 1780 (oben 1 h, S. 133 f.); BGHZ 63, 203 und 65, 170 (oben 1 l, S. 137 ff.); BGH NJW 76, 286 (oben 1 m, S. 140); BGHZ 66, 239 (oben 1 n, S. 141 f.).

³ BGHZ 56, 214 (oben 1 j, S. 135 f.).

⁴ Eine Entscheidung des Großen Zivilsenates steht aus.

greifen ¹, läßt sich doch mit immerhin einiger Sicherheit absehen, daß hier nach Auffassung der Rechtsprechung eine Entschädigung wohl stets zu versagen sein wird.

Sind somit die von der Rechtsprechung gefundenen Ergebnisse zumindest nicht im generellen wegen mangelnder Praktikabilität zu kritisieren, so umso mehr deren dogmatische Grundlegung und gedankliche Herleitung. Daß Gerichte - unausgesprochen oder auch offen ² - unter Berücksichtigung der womöglich weitreichenden Auswirkungen ihrer Entscheidungen urteilen, ist gewiß nicht zu beanstanden. Jedoch darf ein solches Denken und Argumentieren vom Ergebnis her wohl nur zur weiteren Abstützung einer auch anderweitig zu begründenden Entscheidung benutzt werden und allenfalls in ausgesprochenen Grenzfällen von ausschlaggebender Bedeutung sein. Dagegen darf ein solches Denken nicht die dogmatisch-gedankliche Herleitung der Entscheidung ersetzen oder gar verdrängen.

Freilich erscheint der soeben erhobene Vorwurf, die Gerichte vergäßen über ihrem Bemühen, praktikable Urteile zu erlassen, deren dogmatische Grundlegung, bei vordergründiger Durchsicht der grundlegenden Entscheidungen als durchaus unberechtigt. Es finden sich dort nämlich durchaus Sacherwägungen, neben denen die abschließende Berufung auf die

¹ Vgl. etwa BGHZ 85, 11, 15 (oben S. 145).

² Vgl. etwa BGHZ 66, 277, 281 f. (sub b).

Zweckmäßigkeit oder gar Notwendigkeit des gefundenen Ergebnisses nurmehr als bloße Abrundung erscheint.

Nicht verkannt werden darf indes, daß die jeweils angeführten Sacherwägungen weitgehend dem Füllhorn der in diesem Zusammenhang entwickelten Lehren und Gedanken entstammen und daß sich hieraus so ziemlich alles und jedes begründen läßt. Die Auswahl des "richtigen" oder das Unterlassen des "falschen" Vergleichs entscheidet regelmäßig über den Erfolg einer Argumentation¹. Dementsprechend bedient sich die Rechtsprechung je nach gewünschtem Ergebnis einer oder auch mehrerer Lehren oder auch einzelner darin enthaltener Gesichtspunkte, um sie womöglich bei nächster Gelegenheit - wenn sie nämlich nicht das gewünschte Ergebnis liefern - wieder zu verwerfen oder gänzlich unerörtert zu lassen. Dadurch aber, daß die Rechtsprechung sich mehr oder weniger zwanglos aus dem allgemeinen Angebot der Lösungskonzeptionen und Argumente bedient, läßt sie so gut wie gar kein klares eigenes Entscheidungskonzept erkennen². Hinzu kommt, daß die ausgesprochenen oder vorausgesetzten Wertungen meist "absolut", d.h. als ob sie - wie das bei Rechtsnormen der Fall ist - einfach gelten, gebraucht werden, während eine Auseinandersetzung mit anderen möglichen Präferenzen zur Stützung ihrer Geltung nicht stattfindet³.

¹ Schiemann S. 158.

² Brinker S. 23.

³ Schiemann S. 158.

Problematisch ist auch, daß die Gerichte verschiedentlich bemüht sind, die Überzeugungswirkung ihrer Ausführungen durch die Verwendung einer Mehr- oder Vielzahl von - in anderem Zusammenhang unter Umständen nicht harmonisierender - Argumente zu steigern. Gerade dadurch entsteht nämlich leicht der Eindruck, daß eine Überzeugende und daher ohne weiteres eingängige Begründung nicht gefunden wurde. Daß bei alledem der Stellenwert der einzelnen in Anwendung gebrachten Argumente unklar bleibt und damit die erreichte Rechtssicherheit nur eine äußerliche ist, liegt auf der Hand.

E) Eigener Ansatz

Die Ausführungen zu C und D haben deutlich gemacht, daß es bisher weder der Rechtsprechung noch der Lehre gelungen ist, das Problem des Interimsinteresses richtig in den Griff zu bekommen. Es besteht gleichwohl keine Veranlassung, angesichts der festgestellten Unzuträglichkeiten zu resignieren, indem man etwa sagte, diese Unzuträglichkeiten ergäben sich mit einer gewissen Zwangsläufigkeit aus dem Wesen des Problems. Die Ursache für sie liegt nämlich zum einen in der Differenzhypothese, die fast allgemein als unverzichtbarer Ansatzpunkt jeder Schadensfeststellung¹ und darüber hinaus vielfach auch als der Grundhaltung des Gesetzes entsprechender, mit Indizwirkung ausgestatteter Test dafür angesehen wird, welche Folgeschäden im allgemeinen in Geld zu ersetzen sind², zum anderen aber darin, daß man zur Korrektur dieser Unzuträglichkeiten bisher jeweils nicht an der richtigen Stelle angesetzt hat. Von einem Versuch, in dieser Hinsicht Fortschritte zu erzielen, handeln die Ausführungen unten zu II.

I.) Nichtberücksichtigung des Zeitfaktors durch die Differenzhypothese

Nach der Differenzhypothese bleibt der Umstand

¹ Vgl. oben B, S. 4 ff.

² Stoll S. 18; ebenso die Rechtsprechung, vgl. etwa BGHZ 75, 366, 372 (oben D II 3 h, S. 180, bei Fn. 3).

völlig unberücksichtigt, daß viele, wenn nicht die Mehrzahl der Gebrauchsgüter ein von vornherein zeitlich begrenztes Nutzungspotential darstellen und daß es dem Erwerber eines solchen Gebrauchsgutes regelmäßig in hohem Maße auf dessen Nutzungsmöglichkeit ankommt ¹. Die Methode des Vergleichens des gegenwärtigen realen Zustandes mit demjenigen, der gegenwärtig unter Hinwegdenken des schädigenden Ereignisses bestünde, bringt es nämlich mit sich, daß der Zeitablauf als solcher keine Berücksichtigung findet. In der Zeit zwischen der Schädigung und der Wiederherstellung eingetretene Wertveränderungen an Vermögensgütern ², ja sogar ihre völlige Entwertung ³ sollen danach keine Rolle spielen, wenn sie auch ohne das Schadensereignis eingetreten wären.

Daß etwa bei einem Kraftfahrzeug Steuer, Versicherung und gegebenenfalls Garagemiete während der Zeit der schädigungsbedingten Unbenutzbarkeit üblicherweise und regelmäßig auch vernünftigerweise ⁴ weiterlaufen, daß vielfach zudem der Zeitpunkt der

¹ Hommelhoff JR 81, 17, r. Sp.

² Wobei es sich angesichts der Tatsache, daß der Wert der meisten Gegenstände (insbesondere der Gebrauchsgegenstände) mit zunehmendem Alter sinkt, meist um Wertverluste handelt.

³ Schulbeispiel: Die entzogene Theaterkarte verfällt.

⁴ Man denke etwa an die sonst entstehenden Kosten für die Ab- und Wiederanmeldung oder an den Verlust von Versicherungsrabatten.

nächsten Inspektion näher herangerückt ist, führt zu keiner Differenz zwischen den nach der Differenzhypothese maßgeblichen Vermögenslagen und bedeutet damit keinen Vermögensschaden. Unberücksichtigt bleiben soll also, daß relativ, d.h. im Verhältnis zur Laufleistung, höhere Kosten entstehen. Ebenso sollen alle diejenigen Faktoren keinerlei Rolle spielen, die sich während der Zeit der schädigungsbedingten Unbenutzbarkeit unwiederbringlich verschlechtern, ohne daß dies mit dem Anspruch auf den merkantilen Minderwert abgegolten wäre, Faktoren wie das Baujahr, der Wagentyp (wie lange ist er noch der neueste ?), der Zustand des Lacks usw.¹.

Daß der Wagen, der vor dem Unfall noch 50.000 km zu laufen imstande war, nach der Reparatur noch ebensoviele Kilometer zurücklegen kann und damit der mögliche Gebrauch des Eigentümers in seinem Umfang nicht verkürzt ist, ist entgegen der Auffassung von Larenz² durchaus nicht unzweifelhaft. Das Ende der Nutzungsmöglichkeit wird nämlich in vielen Fällen nicht durch den Grad der Abnutzung, sondern - jedenfalls zumindest auch - durch den bloßen Zeitablauf bestimmt. Besonders deutlich wird das in dem nicht seltenen Fall, daß ein alter Wagen bis zur nächsten Hauptuntersuchung beim TÜV gefahren werden soll³. Aber auch wenn eine Beeinträchtigung der

¹ Grunsky S. 38.

² FS Nipperdey, S. 489, 501.

³ Köndgen AcP 177, 1, 24.

Laufleistung nicht festzustellen sein sollte, liegt durchaus eine materielle Beeinträchtigung vor. Bei einem Kraftfahrzeug ist nämlich die noch zu erwartende Kilometerleistung zwar ein den Wert entscheidend mitprägendes Moment, nicht aber das einzige. Gebrauchtwagen werden nicht allein nach ihrer Laufleistung, sondern auch und sogar in erster Linie nach ihrem Alter bewertet. Der Geschädigte holt also die "ausgefallenen" Kilometer später in einem geringerwertigen Wagen nach, womit der Wert der noch möglichen Nutzung verringert und die durch das Schadensereignis ausgefallene Nutzungsmöglichkeit durch eine weniger wertvolle ersetzt wird ¹.

Obwohl sich all die angeführten, dem Rechtsinhaber nachteiligen Veränderungen somit durchaus wirtschaftlich niederschlagen, stellen sie nach der Differenzhypothese trotzdem keine Vermögensschäden dar. Auch insoweit nämlich stimmt die gegenwärtige reale Güterlage mit derjenigen überein, die gegenwärtig ohne das Schadensereignis bestünde. Nach der Differenzhypothese ist also der Rechtsinhaber derjenige, der diese - nachfolgend als gebrauchsunabhängige Abnutzungen bezeichneten - wirtschaftlichen Nachteile zu tragen hat.

Man hat sich seit jeher insbesondere in den Fällen nicht recht damit abfinden wollen, in denen es zwischenzeitlich zu einer völligen Entwertung des Vermögensgutes gekommen

¹ Grunsky S. 38.

war ¹. Inzwischen entspricht es der ganz hM im Schrifttum ², daß für eine verfallene Eintrittskarte oder für einen anderen Vorteil wie etwa den Anspruch auf eine Dienstleistung, der durch das schädigende Ereignis endgültig verfällt, Ersatz des Marktpreises beansprucht werden kann.

Nicht grundsätzlich anders liegen aber auch diejenigen Fälle, in denen der Vermögenswertverzehr nicht durch ein einmaliges Ereignis eintritt, sondern sich als ein allmählicher, kontinuierlicher Vorgang darstellt, wie das etwa bei einem vorübergehend unbenutzbaren Kraftfahrzeug der Fall ist ³. Die Bedeutung solcher Vorgänge mag zu der Zeit, als Mommsen die Differenzhypothese formulierte, noch von untergeordneter Bedeutung gewesen sein. In neuerer Zeit haben sie angesichts der hohen und immer noch im Steigen begriffenen Innovationsfrequenz und - damit zusammenhängend - zunehmender Kurzlebigkeit der Wirtschaftsgüter an ökonomischer Bedeutung gewonnen. Nicht dieser Umstand freilich, sondern derjenige, daß letztlich kein grundlegender Unterschied zu den oben bei Fn. 1 f. angeführten Fällen besteht, läßt es nicht zu, die beiden Fallgruppen in schadensrechtlicher Hinsicht generell verschieden zu behandeln. Daß das eine Mal Nutzungs- und Sub-

¹ Vgl. oben S. 194, bei und in Fn. 3.

² Vgl. Lange § 6 III, S. 167 bei und in Fn. 24; ausführlich zum Meinungsstand Küppers S. 12 Fn. 32. Eine höchstrichterliche Entscheidung ist bisher noch nicht ergangen.

³ Vgl. dazu oben S. 194 ff.

stanzwert nebeneinander stehen ¹, während das andere Mal regelmäßig ² kein vom Nutzungswert abtrennbarer Substanzwert vorhanden ist, vermag eine Verschiedenbehandlung nicht zu rechtfertigen. Nicht einzusehen ist nämlich, warum die Beeinträchtigung des Nutzungswertes immer gerade dann keine Rolle spielen sollte, wenn das betroffene Rechtsgut neben diesem noch einen Substanzwert aufweist. Insbesondere beseitigt die Reparatur der Substanz den Verlust des Nutzungswertes nicht ³. Auch kann es nicht darauf ankommen, ob der Nutzungswert ganz ⁴ oder nur teilweise ⁵ beseitigt wurde. Dem BGB ist nämlich die Vorstellung, daß weniger ins Gewicht fallende Rechtsbeeinträchtigungen vom Rechtsinhaber entschädigungslos hinzunehmen sind, grundsätzlich ⁶ fremd. Zudem ist nicht einzusehen, warum gerade und allein derjenige Theaterbesucher, der am Besuch einer oder mehrerer Vorführungen aus einem Abonnement gehindert wird, leer ausgehen und warum gerade und allein derjenige

¹ Vgl. dazu auch unten II 3, S. 218 f.

² Anders ist das freilich, wenn etwa eine Eintrittskarte auch als Sammlerstück einen Geldwert besitzt.

³ Vgl. oben S. 194 (aE) ff.

⁴ So im Fall der entzogenen Theaterkarte, der ausfallenden Klavierstunde.

⁵ So etwa, wenn sich die Dauer der Nutzung eines Wagens, der noch auf Jahre hinaus genutzt werden soll, um einige Tage oder Wochen verkürzt.

⁶ Eine - zugleich diesen Grundsatz bestätigende - Ausnahme bildet allein § 651 f Abs. 2 BGB.

Kraftfahrzeugeigentümer, der seinen Wagen nur noch für kurze Zeit ¹ hätte nutzen wollen und ihn nun schädigungsbedingt überhaupt nicht mehr nutzen kann, eine Entschädigung erhalten sollte.

Insbesondere Larenz ² hat nun aber die Bedeutung des Zeitfaktors in vermögensmäßiger Hinsicht speziell für das Gebrauchsrecht des Eigentümers geleugnet mit der Begründung, diesem Recht wohne keine zeitliche Schranke inne. Der Eigentümer könne - anders als der Mieter, Pächter, Entleiher usw. ³ - im Falle des vorübergehenden Entzugs der Ge-

¹ Etwa bis zur nächsten Hauptuntersuchung beim TÜV.

² FS Nipperdey, 489, 501; im Ergebnis ebenso Küppers S. 109 und 114 ff. (vgl. dazu oben C V 5, S. 80 f.).

³ Ist freilich etwa die gemietete (gepachtete) Sache selbst betroffen, so wird dem Mieter gegenüber dem Vermieter schon durch § 537 Abs. 1 (iVm § 581 Abs. 2) BGB und diesem wiederum gegenüber dem Schädiger durch § 252 BGB geholfen (Böttcher VersR 66, 301, 310, 1. Sp.). Problematisch sind bei der Miete und Pacht also nur die Fälle der schädigungsbedingten persönlichen Nutzungsverhinderung, vgl. § 552 (iVm § 581 Abs. 2) BGB sowie diejenigen Fälle, in denen die Vertragsparteien eine von § 537 Abs. 1 (iVm § 581 Abs. 2) BGB abweichende Abrede über die Gefährtragung getroffen haben (vgl. aber auch § 537 Abs. 3 BGB). Larenz selbst ist aber inzwischen (SchR I, seit 11. Aufl., vgl. 13. Aufl., § 29 II c, S. 460 f. gegen früher, vgl. etwa Larenz FG Oftinger, S. 151, 162 f.) der Auffassung, daß im Falle der persönlichen Nutzungsverhinderung eine Geldentschädigung für den Nutzungsentgang nicht zu gewähren sei.

brauchsmöglichkeit den in dieser Zeit unterbliebenen Gebrauch hinterher beliebig nachholen und so immer noch von seiner Sache den vollen Gebrauch machen, den sie überhaupt zu gewähren imstande sei.

Bei dieser Betrachtungsweise bleibt freilich wiederum unberücksichtigt, daß viele, wenn nicht die meisten Gegenstände ein aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen von vornherein begrenztes Nutzungspotential verschaffen ¹, daß sie also neben einer gebrauchtsabhängigen auch einer gebrauchtsunabhängigen Abnutzung unterliegen. Nicht einzusehen ist zudem, daß Larenz ² andererseits dem aufgrund eines zeitlich begrenzten Rechts zum Sachgebrauch Berechtigten Schadensersatz - in Höhe des zeitanteilig zu entrichtenden Entgelts - für die Entwertung des Gebrauchsrechts zubilligen will. Bei der Bemessung des Miet- (oder Pacht)zinses wird nämlich regelmäßig auch der Wert der gebrauchtsabhängigen (vgl. § 548 BGB) wie der gebrauchtsunabhängigen (vgl. §§ 536, 546 BGB) Abnutzungen in Ansatz gebracht; der Nachteil der gebrauchtsabhängigen wie der der gebrauchtsunabhängigen Abnutzungen trifft hier - wenn auch über den Umweg eines höher kalkulierten Entgelts - den Sachnutzungsberechtigten. Billigt man diesem

¹ Hommelhoff JR 81, 17, r. Sp. Vgl. auch BGHZ 45, 212, 215: "Ein Kraftwagen wird angeschafft, damit er dem Eigentümer für eine gewisse Zeit zur Benutzung zur Verfügung steht." - Das gilt freilich auch für andere Sachen als Kraftfahrzeuge.

² AaO, S. 500.

nun Schadensersatz für die Entwertung seines Gebrauchsrechts zu, so wälzt man im Ergebnis damit auch den Nachteil der gebrauchsunabhängigen Abnutzung auf den Schädiger über. Versagt man zugleich dem Eigentümer unter Hinweis auf die zeitliche Unbeschränktheit seines Rechts und die beliebige Nachholbarkeit des unterlassenen Gebrauchs eine entsprechende Entschädigung, so läuft das auf einen mindestens schadensrechtlichen Schutz des Eigentums gegenüber dem Schutz beschränkter dinglicher oder auch nur obligatorischer Gebrauchsrechte hinaus. Wie sich diese Benachteiligung des Eigentümers rechtfertigen lassen sollte, ist nicht ersichtlich. Hier einen Unterschied zuungunsten des Eigentümers zu machen, verbietet sich wohl schon im Hinblick auf die Herausstellung der absoluten Rechte und dabei insbesondere des Eigentums in § 823 Abs. 1 BGB¹. Außerdem kann in der heutigen Zeit, wo das Leasen einer Sache² als gleichwertige Alternative

¹ Vgl. auch die Entscheidungen BGH NJW 63, 2020 (dazu oben D II 1 f, S. 127 ff.) sowie BGH NJW 67, 1803 (dazu oben D II 2 c, S. 149 f.), wo Entschädigungen nicht zuletzt deshalb zugesprochen wurden, weil bei Verletzung ausschließlicher Rechte, zu denen insbesondere das Eigentum gehört, eine Schadensberechnung auf hypothetischer Grundlage möglich sei, auch wenn sich beim Verletzten eine konkrete Vermögensminderung nicht feststellen lasse.

² Die Gründe für die Ausbreitung des Leasing liegen in der bequemen Finanzierung und in steuerlichen Vorteilen für den Leasingnehmer, in der Möglichkeit, die kostspielige Instandsetzung komplizierter Güter auf den Leasinggeber

zum Erwerb der Sache zu Eigentum erscheint, und wo Betriebsaufspaltungen weit verbreitet sind, die Frage, ob der Sachgebrauch als solcher ein kompensationsfähiges Gut darstellt, nicht davon abhängen, auf welchen Rechtstitel die Nutzung sich - mehr oder weniger zufälligerweise - stützt¹.

II.) Versuch einer den Zeitfaktor mit berücksichtigenden Lösung

Zu einer Berücksichtigung der durch den bloßen Ablauf der Zeit, während der die Sache infolge der Schädigung dem Eigentümer nicht zur Verfügung stand, bedingten Nachteile kommt man, wenn man der gegenwärtigen realen Güterlage nicht die dementsprechende hypothetische, das Schadensereignis ausklammernde, sondern diejenige gegenüberstellt, die unmittelbar vor Eintritt des schädigenden Ereignisses bestanden hat.

1.) Der Wortlaut des § 249 S. 1 BGB

Bedenken gegen eine solche Betrachtungsweise könnten sich indes aus dem Wortlaut des § 249 S. 1 BGB ergeben, der verschiedentlich als verbindliche Festschreibung der herkömmlichen Differenzhypothese angesehen wird² und der es nicht zuzulassen scheint,

abzuwälzen sowie in absatzpolitischen Vor- teilen für den Hersteller (Köndgen AcP 177, 1, 20, Fn. 109).

¹ Köndgen AcP 177, 1, 20; vgl. auch Esser-Schmidt § 31 III 2, S. 145.

² So etwa Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt

bei der Schadensfeststellung und -berechnung an den ursprünglichen, vor dem schädigenden Ereignis bestehenden Zustand anzuknüpfen. Freilich spricht der Umstand, daß das BGB über den Zeitpunkt der Schadensberechnung keine Vorschrift enthält¹, nicht gerade für die Annahme, § 249 S. 1 BGB verbiete geradezu einen Vergleich der durch das Schadensereignis geschaffenen Lage mit derjenigen vor dem Eintritt des Schadens. Zumindest überraschend ist, daß zur Ermittlung dessen, was infolge des Schadensereignisses verloren ist, auf den Vermögensstand, wie er sich vor dem Schadensereignis dargestellt hat, als Bezugspunkt soll verzichtet werden können².

Gleichwohl wird in § 249 S. 1 BGB vielfach ein starkes Argument gegen die Gewährung einer Nutzungsausfallentschädigung, wenn nicht gar

§§ 249 - 253 Rdnr. 3; Mertens S. 17; Zeuner AcP 157, 441, 442; v. Caemmerer S. 5; Bydlinski S. 25.

¹ Mertens S. 23. Die §§ 240 II und 715 des ersten Entwurfes, die entsprechende Regelungen enthielten, wurden gestrichen, "weil sich gegen die darin getroffenen Bestimmungen über den maßgeblichen Zeitpunkt begründete Bedenken erheben ließen und kein Bedürfnis bestehe, diese Frage, die bei jedem Schadensersatz auftauche, für einzelne Fälle besonders zu entscheiden", Mugdan Prot. II S. 532 und S. 1096. § 249 S. 1 BGB selbst ist inhaltlich nicht auf Mommsens Interessebegriff, zu dem der Urteilsfällungszeitpunkt als der Schadensrechnungszeitpunkt dazugehörte (Mommsen S. 3), zugeschnitten (Detlefsen S. 38 f. und unten S. 205 ff.).

² So zu Recht Keuk S. 15.

eine Absage an eine solche ¹ gesehen. Vorausgesetzt wird damit freilich immer, daß die genannte Vorschrift eine Regelung auch in Bezug auf das Interimsinteresse enthält. Dagegen spricht jedoch schon, daß dort zwei zeitgleiche Zustände - ein realer und ein hypothetischer - zu vergleichen sind. Auch ist diese Vorschrift von den Verfassern des BGB keineswegs als alles erfassende und angemessen regelnde Formel verstanden worden ².

So ergibt beispielsweise die Stellungnahme zum Problem der Vorteilsausgleichung in den Motiven, daß die Feststellung von Schäden nach der Auffassung der Verfasser des BGB selbst zumindest nicht in jedem Fall durch den Vergleich der gegenwärtigen realen mit der entsprechenden, das Schadensereignis ausklammern den, hypothetischen Güterlage zu erfolgen hatte. Während es sich nämlich bei konsequenter Zugrundelegung der Differenzhypothese eigentlich ganz von selbst verstanden hätte, daß Vorteil und Nachteil zusammenzurechnen wären ³, sollte die Entscheidung der Frage, ob und inwiefern der Vorteil, der dem Beschädigten durch den schadensbringenden Umstand entstanden sei, auf den Schadensersatz anzurechnen sei, der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen werden ⁴.

¹ So Askenasy Gruch 70, 373, 376.

² Vgl. Mugdan Mot. II, S. 10: "... Feststellung des Schadensbegriffs ..., welche ohnehin nicht für alle Fälle und nach allen möglichen, auch sonst nur zweifelhaften Seiten hin durch das Gesetz erfolgen kann."

³ So konsequenterweise Mommsen S. 192.

⁴ Mot. aaO.

In dieselbe Richtung weist auch die Stellungnahme zum Problem der Beachtlichkeit hypothetischer Schadensursachen in den Motiven. Während sich die Beachtlichkeit solcher Umstände bei konsequenter Anwendung der Differenzhypothese von selbst verstanden hätte ¹, hielten die Verfasser des BGB - auch insoweit stillschweigend von der strikten Anwendung der Differenzhypothese abweichend - die Frage der hypothetischen Kausalität offenbar für ein Problem des Kausalzusammenhangs ².

Auch unterscheidet sich der § 249 BGB schon nach seinem Wortlaut in zwei wesentlichen Punkten von der Differenztheorie, indem er zum einen nicht auf das Gesamtvermögen abstellt, sondern auf die Herstellung eines konkreten Zustandes, und zum anderen nicht von einer Differenz spricht ³.

Gegen die Auffassung, diese Vorschrift ent-

¹ In diesem Sinne Mommsen S. 148 f.; nicht zutreffend ist daher die Auffassung von Keuk (S. 18), für Mommsen habe kein Zweifel bestanden, daß dem Geschädigten ein Schaden auch dann entstanden sei, wenn derselbe Schaden auch ohne die zum Ersatz verpflichtende Handlung eingetreten wäre. Als verfehlt erscheint daher auch die daraus aaO gezogene Folgerung, Mommsen selbst habe seine eigene Definition nicht allzu ernst genommen, sie lediglich als das Ergebnis der Addition der einzelnen Schadensposten verstanden.

² Vgl. Mot. II, S. 769; dazu Lange AcP 152, 153, 155. Vgl. auch Mugdan Prot. II, S. 538; dazu Keuk S. 106 Fn. 148.

³ Honsell JuS 73, 69, 70, 1. Sp.

halte eine Kodifizierung der Differenzhypothese im Sinne Mommsens¹, spricht auch, daß die Verfasser des BGB in § 249 S. 1 BGB nur die Art und Weise der Ersatzleistung regeln wollten; eine Feststellung des Schadensbegriffs selbst sollte durch das Gesetz nicht erfolgen². Nach seiner Konzeption enthält § 249 S. 1 BGB somit als verbindliche Leitlinien nur die Grundsätze der Total- sowie der Naturalrestitution.

Darüber hinaus sollte durch § 249 S. 1 BGB nach der Auffassung der Verfasser des BGB keineswegs jede Anknüpfung an den unmittelbar vor dem Eintritt der Schädigung bestehenden Zustand ausgeschlossen sein. In den Materialien zum BGB ist nämlich wiederholt und nicht etwa nur beiläufig die Rede davon, daß der Schädiger zur Wiederherstellung des früheren Zustandes verpflichtet sei³. Daneben findet sich freilich - ohne daß man sich offenbar des grundlegenden Unterschiedes bewußt gewesen ist - die Formulierung, der Ersatzpflichtige habe in erster Linie den Zustand

¹ So die oben S. 202 Fn. 2 Genannten.

² Vgl. Mugdan Mot. II, S. 10 f.

³ Jakobs/Schubert S. 86; Mugdan Mot. II, S. 11; Mugdan Prot. II. S. 513 - 515; Mugdan Denkschr. II, S. 1235. Ebenso übrigens das RG in RGZ 77, 99, 101, wo die wirtschaftliche Lage des Ersatzberechtigten, wie sie vor dem schädigenden Ereignis bestanden hatte, mit der verglichen wurde, wie sie sich infolge des Ereignisses gestaltet hatte. Unrichtig ist daher die verschiedentlich (etwa Lange § 1 I, S. 18 Fn. 9) vertretene Auffassung, das Reichsgericht sei in dieser Entscheidung der Differenzhypothese gefolgt.

herzustellen, welcher gegenwärtig bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Indem aber wiederholt auch von der Herstellung des früheren Zustandes die Rede ist, wird zum Ausdruck gebracht, daß dieser Zustand keineswegs gänzlich und in jedem Fall als Anknüpfungspunkt bei der Ermittlung des zu ersetzenden Schadens ausscheiden soll. Zudem fragt es sich, ob das, was gemäß § 249 BGB für den Restitutionsanspruch gelten mag, auch für den inhaltlich andersartigen Kompensationsanspruch angemessen ist ¹.

2.) Die Geldentschädigung für den Verlust von Gebrauchs- und Genußpositionen als eine Frage der Zurechnung

Steht nach alledem der Qualifizierung der gebrauchsunabhängigen Abnutzungen als Schäden nicht schon der Wortlaut des § 249 S. 1 BGB entgegen, so stellt sich die Frage, ob dann, wenn infolge Beschädigung unbenutzbare Sachen einer solchen Abnutzung unterlagen, gleichwohl nach der Differenzhypothese vorzugehen oder ob die gegenwärtige Lage mit dem vor der Schädigung bestehenden Zustand zu vergleichen ist. Will man diese Frage zutreffend beantworten, so darf man nicht unberücksichtigt lassen, daß es im Kern darum geht, ob das grundsätzlich beim Rechtsinhaber angesiedelte Sachrisiko auch insoweit auf den Schädiger abzuwälzen ist ². Brinker hat nachgewiesen, daß

¹ Vgl. Zeitz S. 119.

² Brinker S. 320 f.

die Frage, ob beim Verlust von Gebrauchs- und Genußpositionen eine Geldentschädigung zu leisten ist, eine solche der Zurechnung und nicht etwa der Bewertung der beeinträchtigten Position ist ¹:

Bei Anwendung der Differenzhypothese ergibt sich bekanntlich keine vermögensmäßige Differenz und damit kein Vermögensschaden; der Nachteil der gebrauchsunabhängigen Abnutzung liegt also - entsprechend dem Grundsatz "casum sentit dominus" beim Rechtsinhaber. Vergleicht man dagegen die jetzt bestehende Güterlage mit der vor dem Schadensereignis bestehenden, so ergibt sich eine solche Differenz, d.h. ein Vermögensschaden; der angeführte Nachteil wirkt sich hier zu Lasten des Schädigers aus.

Richtigerweise wird man zu Lasten desjenigen Teiles der am Schadensersatzverhältnis Beteiligten entscheiden, zu dessen Lasten sich auch im übrigen eine von keiner der beiden Seiten zu vertretende, zufällige weitere Verschlechterung ² des beeinträchtigten Rechtsgutes auswirkt.

Eine ausdrückliche Regelung über die Tragung

¹ Vgl. oben C VI 4, insbes. S. 108 f.

² Wobei der Zufall die Sache als solche, d.h. in ihrer Substanz, betreffen muß. Keine Zufallsschäden in diesem Sinne sind deshalb diejenigen Wertminderungen, die ihre Ursache in externen Umständen wie einer Verschiebung des Preisgefüges (Beispiel: Minderung des Kurswertes eines Wertpapiers) haben. Vgl. dazu näher unten 3, S. 218 f.

des Risikos des zufälligen Unterganges, der aus einem anderen Grund eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe oder der zufälligen Verschlechterung einer Sache ist in § 848 BGB enthalten. Danach ist derjenige Deliktstäter, der zur Rückgabe einer Sache verpflichtet ist, die er einem anderen durch eine unerlaubte Handlung entzogen hat, vorbehaltlich des hypothetischen Eingreifens einer Reserveursache (vgl. § 848 a E BGB) auch insoweit verantwortlich; er wird also durch die vorbezeichneten Ereignisse nicht von seiner Schadensersatzpflicht befreit.

Diese Regelung zielt nach der Konzeption des Gesetzes auf eine Haftungserweiterung ab ("ist auch verantwortlich") und setzt damit voraus, daß der Deliktsschuldner ohne die hier getroffene Anordnung für die zufällige Unmöglichkeit der Herausgabe oder für die zufällige Verschlechterung nicht verantwortlich wäre ¹. Dieser Ausgangspunkt stimmt mit den §§ 280, 275, 276 BGB überein, die den Schuldner regelmäßig nur für die von ihm vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführte Unmöglichkeit oder Verschlechterung haften lassen, bei unverschuldeter Unmöglichkeit hingegen von der Verpflichtung zur Leistung freistellen ¹. Verfehlt wäre es nun aber, aus § 848 BGB als einer einen Spezialfall regelnden Ausnahmevorschrift im Wege des Umkehrschlusses entnehmen zu wollen, ansonsten werde im Schadensrecht der Schuldner bei zufälligem Untergang oder zufälliger Verschlechterung von seiner Verpflichtung zur Leistung frei.

¹ Meincke JZ 80, 677, 1. Sp.

Den allgemeinen Vorschriften der §§ 280, 275, 276 BGB steht nämlich für den Bereich des Schadensersatzrechtes die Sondernorm des § 251 Abs. 1 BGB gegenüber ¹. Danach aber ist es unerheblich, worauf die Unmöglichkeit der Naturalherstellung gem. § 249 BGB beruht; insbesondere spielt das Verschulden des Schädigers keine Rolle ². Im Schadensrecht soll also generell auch die auf Zufall beruhende Unmöglichkeit der primär geschuldeten Herstellung den Schuldner nicht entlasten; die in § 848 BGB angeordnete Haftungs-erweiterung stößt daher ins Leere ³.

Nun sind freilich dem Wertersatzanspruch des § 251 Abs. 1 BGB durch § 253 BGB Schranken auferlegt, die dem primären Herstellungsanspruch (§ 249 BGB) nicht zu eigen sind ⁴. Voreilig ist es jedoch, hieraus die grundsätzliche Nichtberücksichtigung des Interimsinteresses ableiten zu wollen ⁵. Allerdings stellt sich un-

¹ Meincke aaO.

² Müko-Grunsky § 251 Rdnr. 3.

³ Meincke aaO, r. Sp., der deshalb die Aufhebung des § 848 BGB empfiehlt (aaO, S. 678, r. Sp.).

⁴ Ströfer S. 29. Ist das hier behandelte Problem ein solches der Zurechnung (vgl. oben S. 207 f.), so kommt es wegen der unterschiedlichen Risikoverteilung in § 251 Abs. 1 BGB einerseits und § 253 BGB andererseits also doch letztlich auf die Frage der Bewertung (ist ein Vermögens- oder ein Nichtvermögensgut betroffen?) an.

⁵ So aber Ströfer aaO im Anschluß an Keuk S. 203 ff.

ter Zugrundelegung der Differenzmethode jeder Interimsschaden notwendigerweise als wegen § 253 BGB nicht gemäß § 251 Abs. 1 BGB zu kompensierender Nichtvermögensschaden, jedes Interimsinteresse somit als ideelles Interesse dar¹. Dies wäre womöglich ein starkes Argument für die Nichtvermögensqualität des Interimsinteresses, wenn die Differenzhypothese im Grenzbereich zwischen materiellem und immateriellem Bereich zu ansonsten zutreffenden oder zumindest akzeptablen Ergebnissen führte. Daß dem indes nicht so ist, zeigt das von Grunsky² gebildete Beispiel der Entwendung von zum alsbaldigen Verbrauch bestimmten Sachen. Nach der Differenzhypothese müßte sich der Dieb darauf berufen können, daß die Sachen auch ohne die Straftat nicht mehr im Vermögen des Bestohlenen vorhanden wären; diese Auffassung wird freilich - soweit ersichtlich - von niemandem vertreten³.

Die Differenzhypothese bringt es also mit sich, daß Vermögenswerte, die ohne das schädigende Ereignis alsbald in Nichtvermögenswerte umgesetzt, d.h. verkonsumiert werden sollen, womöglich bereits vor diesem Zeitpunkt als Nichtvermögensgüter erscheinen. Angesichts dieser Tendenz verwundert es nicht, wenn das Interimsinteresse, das sozusagen am Schnittpunkt zwischen materiellem und immateriellem

¹ Vgl. oben I, S. 193 ff.

² S. 28.

³ Vgl. Hermann S. 111: "Ein offensichtlich untragbares, da unsinniges Ergebnis".

Bereich angesiedelt ist, unter Zugrundelegung der Differenzhypothese als immaterielles Interesse erscheint.

Indes darf richtigerweise nicht unberücksichtigt bleiben, daß dann, wenn im Hinblick auf einen ideellen Genuß oder Vorteil ein besonders fungibles Vermögensgut (insbesondere Geld) in ein weniger fungibles (etwa eine Eintritts- oder Fahrkarte, ein Auto oder ein Eigenheim) eingetauscht worden ist, damit der materielle Bereich noch keineswegs verlassen worden ist. Ein solches Verhalten bewirkt nämlich - die Gleichwertigkeit der getauschten Güter einmal vorausgesetzt - keinen Vermögenswertverzehr, sondern nur eine Änderung der konkreten Zusammensetzung des Vermögens. Wohl ist der Genuß selber ein immaterieller Vorgang; solange aber das Gut noch vorhanden ist, mag sein Ende auch schon bestimmt sein, ändert es nicht seinen Charakter als Vermögensgut ¹. Eine Minderung des Vermögens tritt erst ein, wenn ein Vermögensgut in der Weise ge- oder verbraucht wird, daß an seine Stelle kein anderes Vermögensgut tritt. Das aber ist erst dann der Fall, wenn an die Stelle eines zum Einsatz gebrachten, verbrauchten Gutes ein solches tritt, das generell, d.h. schon nach seinem Wesen, nicht übertragbar ist. Auf die konkrete Veräußerlichkeit des Gutes kommt es hingegen nicht an. Deshalb stellen unübertragbare Eintrittskarten genauso einen Vermögenswert dar wie etwa regelmäßig nicht weiter verkäufliche Ge- und Verbrauchsgüter (z.B. Lebensmittel)

¹ Küppers S. 100.

in der Hand des Endverbrauchers. Der eigentliche und ursprüngliche Wert eines Gutes ist nämlich der Gebrauchswert, während der Tauschwert diesen regelmäßig nur widerspiegelt; deshalb erschöpft sich die Vermögensqualität eines Gutes nicht darin, eine Art Geldreservoir zu sein ¹.

Als nicht zutreffend erscheint es des weiteren, wenn verschiedentlich ² bei der Entziehung von Nutzungs- oder Genußmöglichkeiten ab dem Zeitpunkt, in dem der Gebrauch oder Genuß hätte stattfinden sollen, der Rechtsinhaber also auch ohne die schädigende Handlung den Vermögensbestandteil nicht mehr gehabt hätte, nur mehr ein ideeller Schaden als gegeben angesehen wird. Daß ein unfreiwilliger Vermögenswertverzehr stattgefunden hat, soll danach nämlich gänzlich unberücksichtigt bleiben. Irgendein Grund, der es rechtfertigen könnte, diesen Fall anders zu behandeln als denjenigen, in dem der Geschädigte noch vor dem Stattfinden des Ereignisses eine entsprechende Verurteilung des Schädigers erreicht hat, ist nicht ersichtlich ³. Unerfindlich ist, warum der Ersatzanspruch ganz von dem insofern völlig willkürlichen Urteilsfällungszeitpunkt abhängen sollte ⁴. Zudem wäre dem Schädiger die Möglich-

¹ Zeuner AcP 163, 380, 386 f.; Küppers S. 99.

² Askenasy Gruch 70, 373, 380; Bötticher VersR 66, 301, 309, r. Sp.

³ Neuner AcP 133, 277, 289 Fn. 46.

⁴ Detlefsen S. 31 und S. 38.

keit eröffnet, eine zunächst berechnigte
Klage womöglich durch Prozeßverschleppung
zu Fall zu bringen ¹.

Bei richtiger Betrachtung ist dem Rechtsinhaber auch in einem solchen Fall das ursprüngliche Vermögensgut entgangen und ihm deshalb ein Vermögensschaden entstanden. Das zunächst geplante, dann aber infolge der Schädigung hypothetisch gebliebene vermögenskonsumtive Verhalten des Geschädigten war, weil es nicht verwirklicht werden konnte, nicht dazu geeignet, das ursprüngliche Vermögensgut in ein ideelles Gut "umzusetzen" und hat daher außerhalb der Betrachtung zu bleiben. Andernfalls würde der Gebrauch, Verbrauch oder Genuß als hypothetische Tatsache den Ersatzanspruch des Schädigers mindern und damit nicht mehr dem Eigentümer, sondern dem Schädiger zugute kommen ².

Dem Anspruch auf eine Geldkompensation steht auch nicht entgegen, daß gemäß § 848 aE BGB - und damit auch und erst recht im Rahmen der allgemeinen Vorschrift des § 251 Abs. 1 BGB, gegenüber welcher § 848 BGB ja eine Haftungserweiterung hatte bringen sollen - der Anspruch ausgeschlossen ist, wenn der Schaden auch ohne das schädigende Ereignis eingetreten wäre. Allerdings wäre beispielsweise die während der Zeit der Unbenutzbarkeit einer Sache eingetretene gebrauchsunabhängige Abnutzung ohnehin vorangeschritten. Ohne die Nutzungsverhältnisse

¹ Vgl. Zeitz S. 127; Detlefsen S. 38.

² Zeitz S. 130.

lung hätte sich dieser Wertverlust jedoch nicht als nicht gewollt und damit nicht als Schaden dargestellt. Der Verbrauch eines Konsumgutes ist nämlich sein Zweck; der darin enthaltene Wert geht nicht dadurch verloren, daß der Gegenstand bestimmungsgemäß dem Genuß zugeführt wird ¹.

Dafür, daß das Risiko der gebrauchsunabhängigen Sachabnutzung den Schädiger zu treffen hat, spricht auch ein Gesichtspunkt, der verschiedentlich ² als Argument dafür verwendet wird, daß am Sachobjekt entstandene unmittelbare Schäden stets ungeachtet nachfolgender hypothetischer Ereignisse zu ersetzen seien: Der Geschädigte habe die Sachgefahr gegen die Risiken eingetauscht, die mit der Realisierung seines Ersatzanspruches zusammenhängen, so daß es nicht angemessen sei, diese Risiken durch die Berücksichtigung von Reserveursachen noch um die Sachgefahr zu vermehren. Sei eine Sache des Geschädigten zerstört worden, so bestehe keine Beziehung des Geschädigten zu diesem nicht mehr existierenden Vermögenswert ³. Der Geschädigte habe einen vorhandenen Vermögensbestandteil verloren und zugleich, d.h. unmittel-

¹ Küppers S. 100.

² Vgl. vor allem Niederländer AcP 153, 41, 54 ff.; außerdem etwa Medicus BR Rdnr. 851; Staudinger-Medicus § 249 Rdnr. 105. Im Ergebnis ebenso Keuk (S. 103), die sich freilich dagegen wendet, hinsichtlich eines Vermögenswertes, der nicht mehr existiert, von Risikotragung zu sprechen; es gebe kein Risiko mehr, welches sich noch verwirklichen könne.

³ Keuk S. 103.

bar nach dem Schadensereignis, einen neuen, nämlich den Schadensersatzanspruch erworben ¹. Dieser könne deshalb durch spätere Ereignisse, die die Sache, existierte sie noch, betroffen hätten, nicht mehr berührt werden ². Das Sachrisiko soll dem an die Stelle der untergegangenen Sache getretenen Schadensersatzanspruch nicht mehr anhaften.

Der gegen diese Auffassung gerichtete Einwand, nach § 249 S. 1 BGB sei nicht entscheidend, daß die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches in der Vergangenheit einmal erfüllt worden seien, sondern daß sie gegenwärtig noch bestünden ³, vermag die These, der Ersatzberechtigte habe mit dem Schadensereignis bereits einen - in einer Vermögensaufstellung sehr wohl erscheinenden - Anspruch erworben, der in seinem Vermögen an die Stelle des geschädigten Gutes getreten sei, keineswegs zu widerlegen. Auch ist entgegen der Auffassung von Lange ⁴ ein Denken in Risikosphären dieser Art der für die Schadensabwicklung maßgeblichen Gesetzeslage - wie die §§ 287 S. 2, 848 BGB zeigen - nicht völlig fremd. Allerdings ist Lange ⁵ zuzugeben, daß Sach- und Forderungsrisiko

¹ Keuk aaO; Larenz SchR I, § 30 I, S. 482.

² Larenz aaO, S. 482 f.

³ Lemhöfer JuS 66, 337, 340; ihm folgend Lange § 4 VII, S. 118.

⁴ § 4 IV, S. 115.

⁵ AaO.

nicht miteinander vergleichbar sind, weil sie je nach der Empfindlichkeit der Sache und der Solvenz des realen Schädigers ein sehr verschiedenes Ausmaß haben können. Aber beide Risiken zu Lasten des Geschädigten zu häufen ist noch ungerechter als das Sachrisiko pauschalierend gegen das Forderungsrisiko aufzuheben ¹.

Daß in den sog. Rentenfällen die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen nahezu außer Streit ist, beweist auch nicht etwa die mangelnde generelle Tragfähigkeit dieses "Risikoausgleichsgedankens" ². Es handelt sich dort nämlich um besonders gelagerte Ausnahmefälle, in denen verhindert werden muß, daß der Geschädigte nur deshalb eine krisen-feste Dauerposition erhält, weil ihm einmal Unrecht geschehen ist ³.

Erkennt man nun aber an, daß aus den vorstehend angeführten Gründen das Sachrisiko nach eingetretener Sachzerstörung nicht mehr beim Eigentümer liegt, so ist es von daher nur ein kleiner Schritt, gebrauchsunabhängige Sachabnutzungen als Schäden anzusehen. Die Frage, ob der Eigentümer das Risiko des - freilich hypothetischen - völligen Verlustes der Sache (=Zerstörung) soll tragen müssen, kann nämlich nicht gut anders beantwortet werden als diejenige, ob ihn die Gefahr

¹ Staudinger-Medicus § 249 Rdnr. 105.

² So aber Lange aaO im Anschluß an v. Caemmerer S. 27.

³ BGHZ 10, 6, 11.

eines teilweisen Unterganges (=Beschädigung) treffen soll. Ebenso wenig aber kann es auch einen Unterschied machen, ob eine Verschlechterung ihren Grund in einem zeitlich begrenzten Ereignis hat - wie das bei Sachzerstörungen und -beschädigungen meist der Fall ist - oder auf einen gleichmäßig in der Zeit verlaufenden, allmählich fortschreitenden Vorgang zurückzuführen ist, wie das charakteristisch für gebrauchsunabhängige Abnutzungen ist ¹.

3.) Das Nebeneinander der Nutzungsfunktion und der Kapitalanlagefunktion

Bleibt nach der Differenzhypothese der Umstand unberücksichtigt, daß viele, wenn nicht die Mehrzahl der Gebrauchsgüter ein von vornherein - auch zeitlich - begrenztes Nutzungspotential darstellen, so wäre es freilich verfehlt, in das andere Extrem zu verfallen und Sinn und Zweck des Eigentums allein auf seine Nutzungsfunktion zu reduzieren ². Darf man einerseits nicht überspielen, daß es dem Erwerber eines Gebrauchsgegenstandes regelmäßig in hohem Maße auf dessen Nutzungsmöglichkeit ankommt, so darf andererseits aber der Umstand, daß auch solche Gegenstände oft daneben der Kapitalanlage dienen, nicht unberücksichtigt bleiben ³. Das diesbezügliche Risiko darf man nicht auf den Schädiger überwälzen. So wie dem Eigentümer der Vor-

¹ In diesem Sinne auch Hermann S. 112 f.

² Hommelhoff JR 81, 17, r. Sp.

³ Hommelhoff aaO.

teil einer guten Kapitalanlage, d.h. einer Wertsteigerung, die ihre Ursache in externen Umständen ¹ hat, zugutekommt, muß er auch die Nachteile einer entsprechenden, ihm nachteiligen Verschiebung des Preisgefüges tragen. Nur diejenige Wertminderung also, die ihre Ursache in der während der Zeit der Unbenutzbarkeit abgesunkenen Nutzungsmöglichkeit hat, ist Bestandteil des zu ersetzenden Schadens. So müssen beispielsweise Wertminderungen bei gebrauchten Kraftfahrzeugen, die etwa auf das Auslaufen des Modells, eine Ölkrise oder den Bankrott der Herstellerfirma zurückzuführen sind, auf die Höhe der zu gewährenden Nutzungsausfallentschädigung ohne Einfluß bleiben. Ist im Einzelfall sowohl die Nutzungs- als auch die Kapitalanlagefunktion betroffen, so eröffnet § 287 ZPO den Weg, die Höhe des gemäß § 251 Abs. 1 BGB zu leistenden Geldersatzes im Wege der Schätzung zu ermitteln.

4.) Keine Nutzungsausfallentschädigung bei gewerblich genutzten Sachen

Eine Nutzungsausfallentschädigung nach dem während der Zeit der Unbenutzbarkeit eingetretenen Wertverzehr kommt zudem nicht in Betracht bei gewerblich genutzten Sachen. Eine solche Nutzung dient - anders als eine private - nicht in letzter Hinsicht der Erlangung immaterieller Werte. Somit besteht dort kein Bedürfnis, die schadensrechtliche Betrachtung an einer Stelle abubrechen, an der eine Umsetzung eines materiellen

¹ Etwa einer Verknappung des Angebots solcher Sachen.

Wertes in einen Nichtvermögenswert stattgefunden hätten, weil dies den Schädiger, der den Eintritt des nichtvermögensmäßigen Vorteiles vereitelt hat, unbillig entlastete. Wurde die Sache tatsächlich genutzt, so kann der Geschädigte entweder Ersatz seines entgangenen Gewinns (§ 252 BGB) ¹ oder die Kosten einer vorgenommenen Ersatzanmietung ² verlangen. Gehörte die Sache einer erforderlichen Betriebsreserve an, so können die Vorhaltekosten ersetzt verlangt werden ³. Stellt sich aber heraus, daß weder das eine noch das andere der Fall war, daß die Sache mithin völlig überflüssig war, so erscheint die gänzliche Versagung eines Anspruchs als durchaus gerechtfertigt. Es ist nämlich kein Grund ersichtlich, den sich aus einer Fehldisposition des Unternehmers ergebenden Nachteil - die gebrauchsunabhängige Abnutzung einer nicht benötigten Sache - auf einen anderen abzuwälzen.

¹ Wobei dieser Anspruch gemäß § 254 Abs. 2 S. 1 BGB zu mindern sein kann, wenn die Kosten einer möglichen Ersatzanmietung ersichtlich niedriger gelegen hätten als der entgangene Gewinn.

² Wobei wiederum an eine Anspruchsminderung zu denken ist, wenn nämlich diese Kosten ersichtlich höher lagen als der Gewinnausfallschaden, der ansonsten eingetreten wäre.

³ Vgl. dazu BGHZ 32, 280 und Z 70, 199 sowie aus dem Schrifttum etwa Lange § 6 VIII 4, S. 195 ff.

5.) Keine Ersatzpflicht bei personenbezogenem Eingriff

Kein Anspruch auf die Zahlung einer Geldentschädigung für die gebrauchsunabhängige Abnutzung eines Gegenstandes besteht immer auch dann, wenn nicht die Theaterkarte entzogen, der Kraftwagen infolge Beschädigung vorübergehend unbenutzbar geworden ist usw., sondern der Rechtsinhaber selbst verletzt und deshalb an der Ausübung seiner Rechte gehindert worden ist. § 847 BGB zeigt nämlich, daß in einem solchen Fall die hinzunehmenden Entbehrungen nach dem Gesetz eindeutig dem Bereich des immateriellen Schadens angehören¹. Der durch eine Körperverletzung aufgezwungene Verzicht auf den Gebrauch der Wohnung einschließlich ihrer Einrichtung, des Kraftfahrzeuges, der Jagdpacht usw. ist bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen² und könnte somit nur contra legem § 847 BGB zum Vermögensschaden gezählt werden³. Angesichts dessen geht es auch nicht an, Ausnahmen zu machen, wie dies vielfach⁴ in den sog. Veranstaltungsfällen geschieht.

6.) Fühlbarkeit der Beeinträchtigung

War vom Berechtigten ein Gebrauchmachen von der beeinträchtigten Position während der Zeit der objektiven Verhinderung nicht beab-

¹ Schulte S. 115; Ströfer S. 113.

² Schulte aaO; Nüssgens, 25 Jahre BGH, S. 93, 104 f.

³ Schulte aaO.

⁴ Vgl. dazu eingehend Brinker S. 61 ff.

sichtigt, fehlte also der Nutzungswille, so ergibt sich unter Zugrundelegung der oben vorgeschlagenen Schadensberechnungsmethode durchaus auch eine Differenz der hiernach maßgeblichen Vermögenslagen. Entsprechendes ergibt sich auch dann, wenn dem Geschädigten ein solches Gebrauchmachen schon aus anderen Gründen nicht möglich war.

Gleichwohl ist in diesen Fällen keine Geldentschädigung gemäß § 251 Abs. 1 BGB zu gewähren. Maßgeblich für die Gewährung einer solchen Entschädigung spricht nämlich der Umstand, daß der Geschädigte einen Ausgleich für den unwillkommenen, da durch das Schadensereignis aufgezwungenen Vermögenswertverzehr erhalten soll; für letzteren aber ist die Beschädigung bei sowieso fehlendem Nutzungswillen oder bei ohnedies nicht bestehender Nutzungsmöglichkeit noch nicht einmal äquivalent kausal.

Das hat auch dann zu gelten, wenn durch ein und dasselbe schädigende Ereignis sowohl die objektive als auch die subjektive Nutzungsmöglichkeit beseitigt worden ist ¹. Ein überzeugender Grund, hier ausnahmsweise nicht das Ausmaß der Folgen, sondern die Schwere der Verletzung für den Umfang des zu leistenden Ersatzes maßgebend sein zu lassen, ist nicht ersichtlich ². Im Hin-

¹ Schulbeispiel: Bei einem Autounfall wird der Wagen beschädigt und muß repariert werden, und außerdem der Wageneigentümer so schwer verletzt, daß er bettlägerig ist.

² Vgl. schon oben D II 1 h, S. 134 bei Fn. 1.

blick darauf, daß auch in einem solchen Fall die Beeinträchtigung der subjektiven Nutzungsmöglichkeit bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen ist, erweist sich das Argument, der Schädiger dürfe doch nicht dafür belohnt werden, daß er nicht nur das Fahrzeug beschädigt, sondern auch noch den Fahrer verletzt habe ¹, vom Grundgedanken des Schadensrechts her sogar als illegitim: Gewährte man dem Geschädigten in einem solchen Fall auch eine Geldentschädigung für den Verlust der objektiven Nutzungsmöglichkeit, so erhielte er für ein und denselben Verlust doppelten Schadensersatz.

III.) Zusammenfassung

Gebrauchs- und Genußrechte stellen regelmäßig ein von vornherein auch zeitlich begrenztes Nutzungs- oder Genußpotential dar ². Dementsprechend entwerten sie sich - mehr oder weniger - auch dann, wenn sie infolge eines Schadensereignisses vorübergehend nicht zur Verfügung stehen ². Diesen - konkret zu berechnenden - Entwertungsschaden hat, wie § 251 Abs. 1 BGB ergibt, der Schädiger zu tragen ³. Daß ohne das Schadensereignis eine Umwandlung des einen Vermögenswert darstellenden Gebrauchs- oder Genußpotentials in einen ideellen Gebrauchsvorteil oder Genuß erfolgt wäre, hat außerhalb der schadensrechtlichen

¹ Ströfer S. 73 mwN in Fn. 65.

² Vgl. oben I, S. 193 ff.

³ Vgl. oben II 2, S. 207 ff.

Betrachtung zu bleiben ¹.

Bei der geldlichen Bemessung des Anspruches darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß Gebrauchsgütern vielfach neben ihrer Nutzungsfunktion auch eine Kapitalanlagefunktion zukommt ². Keine nach der Höhe der zwischenzeitlich eingetretenen Entwertung des Gebrauchsobjekts berechnete Entschädigung ist zu gewähren bei gewerblich genutzten Sachen ³, bei personenbezogenen Eingriffen ⁴ und wenn eine Nutzung ohnehin nicht erfolgt wäre ⁵.

¹ Vgl. oben II 2, S. 213 ff.

² Vgl. oben II 3, S. 218 f.

³ Vgl. oben II 4, S. 219 f.

⁴ Vgl. oben II 5, S. 221.

⁵ Vgl. oben II 6, S. 221 ff.

Lebenslauf

Am 7. Juni 1955 wurde ich in Nürnberg als zweites Kind des Studienrates Karl Schaffert und seiner Ehefrau Margot, geb. Manger, geboren. Von 1961 bis 1965 besuchte ich die Volksschule in Nürnberg. Im Herbst 1965 trat ich an das Neue Gymnasium Nürnberg über, das ich bis zum Abitur im Jahre 1974 besuchte. Vom Wintersemester 1974/75 bis zum Wintersemester 1978/79 studierte ich an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg die Rechtswissenschaften. Nachdem ich dort im Termin 1979/I die erste juristische Staatsprüfung abgelegt hatte, trat ich am 28. September 1979 den Vorbereitungsdienst der Rechtsreferendare in Nürnberg an. Seit dem 1. April 1980 war ich daneben als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Rechtsgeschichte (Abteilung antike Rechtsgeschichte) der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg beschäftigt. Im Termin 1981/II legte ich die zweite juristische Staatsprüfung in Nürnberg ab. Seit dem 1. Juni 1982 bin ich als Akademischer Rat am Institut für Rechtsgeschichte (Abteilung antike Rechtsgeschichte) der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg beschäftigt.

Ich bin seit dem 13. September 1979 mit Corinna Schaffert, geb. Bauer, verheiratet und seit dem 15. Oktober 1981 Vater einer Tochter.

